

**L'ENTREPRISE
ET LES
GROUPES DE SOCIÉTÉS
EN DROIT EUROPÉEN
DE LA CONCURRENCE**

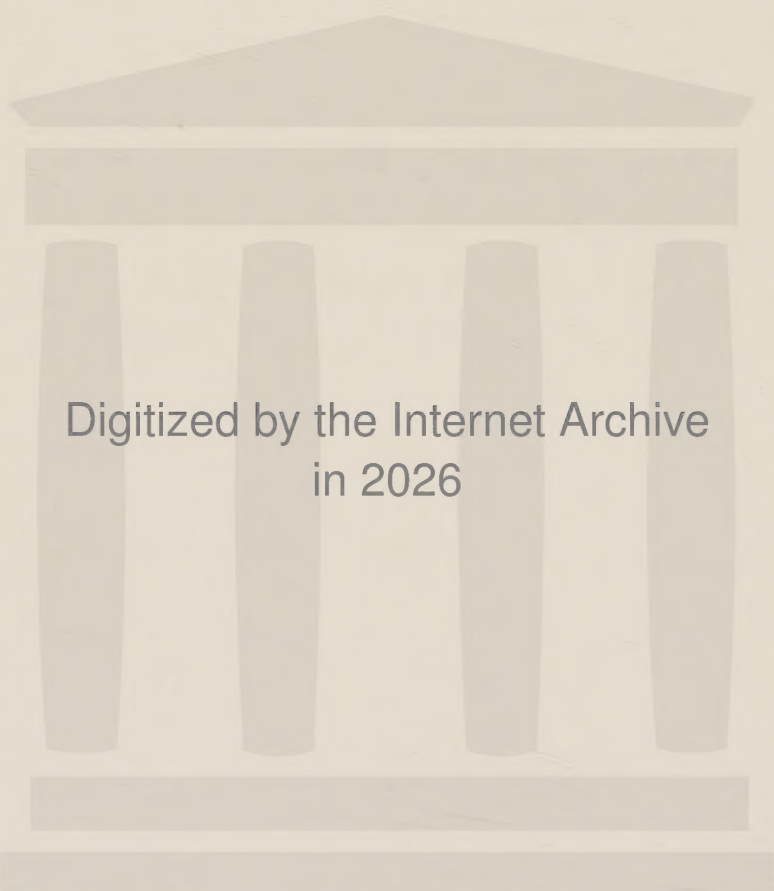
THÈSE

PRÉSENTÉE A L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES
PAR

OLIVIER MACH
DE GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 267

GEORG & C^{IE} S.A.
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GENÈVE
1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545929_0002

**L'ENTREPRISE
ET LES GROUPES DE SOCIÉTÉS
EN DROIT EUROPÉEN
DE LA CONCURRENCE**

**L'ENTREPRISE
ET LES
GROUPES DE SOCIÉTÉS
EN DROIT EUROPÉEN
DE LA CONCURRENCE**

THÈSE

PRÉSENTÉE A L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES
PAR

OLIVIER MACH
DE GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 267

GEORG & C^{IE} S.A.
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GENÈVE
1974

La Commission mixte, composée des Doyens des Facultés de droit, des lettres, et des sciences économiques et sociales, et du Directeur de l'Institut universitaire de hautes études internationales, sur le préavis de M. Pierre LALIVE, professeur à l'Université et à l'Institut, de M. Alain HIRSCH, professeur à l'Université, de M. Walter SCHLUEP, professeur à l'Université de Berne, et de M. Henri SCHWAMM, professeur à l'Institut universitaire d'études européennes, autorise l'impression de la présente thèse, sans entendre par là exprimer d'opinion sur les propositions qui y sont énoncées.

Genève, le 23 juillet 1973.

Pour la Commission mixte :

Jacques FREYMOND,
Directeur de l'Institut universitaire.

Thèse N° 267.



A MES PARENTS

AVANT-PROPOS

Au moment où la présente étude voit le jour, plusieurs personnes ont droit à ma gratitude.

Ma reconnaissance va tout d'abord à M. Pierre Lalive, professeur à la Faculté de droit et à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève pour l'appui constant et les conseils éclairés dont il a bien voulu me faire bénéficier. Mes remerciements s'adressent également à M. Alain Hirsch, professeur à la Faculté de droit de Genève et Directeur de son Centre d'études juridiques européennes, qui m'a apporté nombre de suggestions et de critiques très utiles à la préparation de cet ouvrage, ainsi qu'à M. Henri Schwamm, professeur à l'Institut universitaire d'études européennes dont les observations m'ont aidé à mieux cerner certains aspects de mon sujet. J'ai en outre eu la chance de recueillir les conseils d'un des principaux spécialistes suisses du droit européen de la concurrence, M. Walter Schluep, professeur à la Faculté de droit de Berne, auquel va ma vive reconnaissance.

Il me plaît aussi de remercier de leur amabilité, le personnel et les bibliothécaires de l'Institut universitaire de hautes études internationales, du Centre d'études juridiques européennes et de la Bibliothèque de l'Office européen des Nations Unies à Genève. Enfin, à ces divers remerciements, j'associe Madame Inge Boy de la Tour qui s'est acquittée de la tâche ardue de dactylographier mon manuscrit.

O. M.

Genève, avril 1974.

PLAN DE L'OUVRAGE

PREMIÈRE PARTIE

LE PASSÉ (1952-1968) : REFUS D'UN CONTENU JURIDIQUE
ORIGINAL À L'ENTREPRISE.

<i>Chapitre premier.</i> — La notion d'entreprise et l'expérience du Traité CECA : espoir et déception (1952-1962)	18
<i>Chapitre II.</i> — La notion d'entreprise et la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité CEE (1962-1968)	42

DEUXIÈME PARTIE

LE TOURNANT (1968-1973) : VOIES ET INDICES D'UNE ÉVOLUTION
À TRAVERS LE TRAITEMENT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS.

<i>Chapitre III.</i> — Le traitement des groupes de sociétés par la Com- mission : effet sur la notion d'entreprise	85
<i>Chapitre IV.</i> — Conditions d'une évolution de l'attitude de la Cour de Justice	117

TROISIÈME PARTIE

L'AVENIR : ABOUTISSEMENT ET CONSÉQUENCE D'UNE ÉVOLUTION
PROPRE À FAIRE DE L'ENTREPRISE UN NOUVEAU SUJET DE DROIT.

<i>Chapitre V.</i> — Conséquence pour l'application du Traité CEE : vers une modification du domaine des « entreprises » sujettes des articles 85 et 86 CEE	159
<i>Chapitre VI.</i> — Conséquence pour le statut juridique de l'entre- prise : vers l'octroi d'une personnalité limitée	208

TABLE DES MATIÈRES

PLAN DE L'OUVRAGE	XI
TABLE DES MATIÈRES	XIII
Liste des abréviations	XXIII
INTRODUCTION	1
1. Les juristes et la notion d'entreprise	1
2. Objet et cadre de la présente étude	3
3. Démarche centrale	5

PREMIÈRE PARTIE

LE PASSÉ (1952-1968) : REFUS D'UN CONTENU JURIDIQUE
ORIGINAL À L'ENTREPRISE

Introduction à la première partie	11
1. Usage et reconnaissance de la notion d'entreprise	11
2. L'entreprise en tant que notion économique	12
3. Les traités communautaires européens et l'entreprise	15

CHAPITRE PREMIER

*La notion d'entreprise et l'expérience du Traité CECA :
espoir et déception (1952-1962)*

Section 1. Traces d'une prise en considération de l'entreprise pour elle-même 18

[illegible]

CHAPITRE II

La notion d'entreprise et la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité CEE (1962-1968).

[illegible]

DEUXIÈME PARTIE

LE TOURNANT (1968-1973) : VOIES ET INDICES D'UNE ÉVOLUTION À TRAVERS LE TRAITEMENT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

CHAPITRE III

*Le traitement des groupes de sociétés par la Commission :
effet sur la notion d'entreprise.*

<i>Section 1.</i> La prise en considération du groupe de sociétés comme « entreprise » unique aux fins de l'application des articles 85 et 86	85
§ 1. Soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85	85
A. Le concessionnaire indépendant ou la filiale : deux méthodes d'opération à traiter de manière analogue ..	86
B. Moyens de soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85	89
C. Motifs apportés à la soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85	91
D. Le groupe considéré comme entreprise unique : seule explication satisfaisante de non-application de l'article 85	92
§ 2. Absolution des filiales et condamnation de la société mère, représentante de l'entreprise unique formée par le groupe	100
§ 3. La détention d'une position dominante et son exploitation abusive par des sujets de droit distincts mais par une entreprise unique	103
A. Identité entre l'entreprise exploitant la position dominante et celle qui commet l'abus	104
B. Rôles respectifs des sociétés Continental, S.L.W. et Europemballage dans la réalisation des conditions d'application de l'article 86	105
C. Reconnaissance du groupe de sociétés comme entreprise unique aux fins de l'application de l'article 86 ..	107

<i>Section 2. Effet sur la reconnaissance de l'entreprise par le droit européen de la concurrence</i>	110
§ 1. Les deux niveaux de la discussion sur la notion d'entreprise : Identification « formelle » avec chaque membre du groupe et identification « réelle » avec l'entité économique formée par le groupe	110
A. Identification formelle de l'« entreprise » avec chaque sujet de droit, membre du groupe de sociétés	110
B. Identification réelle de l'entreprise avec le groupe pris dans son ensemble	111
C. Explication d'une apparente contradiction	112
§ 2. L'unité d'entreprise du groupe de sociétés, indice d'une reconnaissance de l'entreprise comme notion originale	115

CHAPITRE IV

Conditions d'une évolution de l'attitude de la Cour de Justice.

<i>Section 1. Admissibilité d'une pluralité de notions d'entreprise..</i>	118
§ 1. Portée limitée de la définition élaborée par la Cour de Justice en matière de péréquation de la ferraille	118
A. Arguments limitant la portée de la définition élaborée par la Cour	119
B. Indications données par l'interprétation du texte des arrêts de la Cour	120
§ 2. Indices d'une adhésion de la Cour de Justice à l'évolution suggérée par la Commission	123
A. L'accord intragroupe n'est pas un « accord entre entreprises »	123
B. L'unité d'entreprise du groupe de sociétés : moyen d'étendre la compétence de la Cour de Justice	126
<i>Section 2. Justification d'une évolution : finalité du traité, concurrence et concentration</i>	131
§ 1. La Cour de Justice, la notion d'entreprise et l'autonomie du droit européen de la concurrence	132

A. Autonomie du droit antitrust	133
B. Autonomie du droit communautaire	134
§ 2. Interprétation téléologique du Traité CEE et effet du respect des finalités des règles de concurrence	137
A. Principes d'interprétation à suivre	137
B. Effet et limite d'une prise en considération des finalités du traité	139
C. Concentration d'entreprises et groupes de sociétés dans la politique de concurrence de la CEE	141
§ 3. Vers une notion d'entreprise conforme aux buts de la politique communautaire en matière de concentration et de groupes de sociétés	144
A. Soustraction de la structure et du comportement interne des groupes de sociétés de l'empire de l'article 85	145
B. L'article 86, seul moyen de contrôle de la structure et du comportement des groupes de sociétés	152
Conclusion de la deuxième partie	154

TROISIÈME PARTIE

L'AVENIR : ABOUTISSEMENT ET CONSÉQUENCE D'UNE ÉVOLUTION
PROPRE À FAIRE DE L'ENTREPRISE UN NOUVEAU SUJET DE DROIT

CHAPITRE V

*Conséquence pour l'application du Traité CEE :
vers une modification du domaine des « entreprises »
sujettes des articles 85 et 86 CEE.*

<i>Section 1. Portée de l'indépendance économique en tant que critère de la présence d'une « entreprise »</i>	160
§ 1. L'indépendance économique : condition nécessaire à la présence d'une « entreprise »	160

A.	Détachement encore partiel de l'entreprise vis-à-vis d'un sujet de droit préexistant	161
B.	Recours à la personnalité juridique de la société mère pour pallier la personnalité encore déficiente de l'entreprise en voie de reconnaissance	162
§ 2.	L'indépendance économique : condition suffisante à la présence d'une « entreprise »	165
A.	Coïncidence provisoire de l'entreprise avec son propriétaire	167
B.	Vie de l'entreprise indépendamment de tout sujet de droit préexistant	168
<i>Section 2. « Entreprise » en amont de sujets de droit préexistants : le groupe de sociétés comme entreprise unique</i>		
§ 1.	Groupe de sociétés et entreprise : recoupement partiel de deux notions différentes	169
A.	Contenu des notions de groupe de sociétés et d'entreprise	169
B.	Recoupement partiel et critère commun	172
§ 2.	Dimensions propres de la notion d'entreprise et autonomie du droit européen de la concurrence	173
A.	Unité et pluralité d'entreprises du groupe de sociétés.	173
B.	Séparation de la notion d'entreprise de celle de groupe de sociétés	176
§ 3.	Moyens de pallier l'absence de personnalité juridique du groupe de sociétés	180
A.	Caractère particulier de la personnalité de l'entreprise	180
B.	La société mère, organe assumant les obligations résultant de l'« entreprise » unique formée par le groupe de sociétés	182
<i>Section 3. « Entreprises » en aval d'un sujet de droit préexistant : succursale, département, division</i>		
§ 1.	Effet de l'indépendance économique de la succursale ..	185

§ 2. Effet de l'indépendance économique du département et de la division	188
A. Eléments reflétant l'autonomie du département : analogie avec la filiale	190
B. Comportement plural en droit antitrust américain et coopération entre départements ou divisions	192
C. Conséquences pour la mise en œuvre des articles 85 et 86 CEE	198
§ 3. Moyens de pallier l'absence de personnalité juridique de la succursale, du département ou de la division	202
A. Les conditions d'une participation à un accord ou à une pratique concertée	202
B. Causalité et imputabilité : auteur matériel d'une action et sujet formel d'une sanction	205

CHAPITRE VI

Conséquence pour le statut juridique de l'entreprise : vers l'octroi d'une personnalité limitée.

<i>Section 1. Contenu d'une notion d'entreprise originale en droit européen de la concurrence</i>	209
§ 1. Les éléments constitutifs de la notion économique d'entreprise et leur importance respective	209
A. Démarche suivie	209
B. Importance respective des trois éléments constitutifs : activité économique ; patrimoine ; direction	210
§ 2. Le rôle du gouvernement comme élément constitutif fondamental de l'entreprise en tant que sujet des règles de concurrence	212
A. Rôle de son gouvernement dans les possibilités de comportement de l'entreprise en matière de concurrence	212
B. La nature du gouvernement de l'entreprise : le pouvoir interne (technostructure) et externe (propriétaire).	214

§ 3. Possibilité effective d'un comportement libre à un moment et dans un domaine donnés : condition fondamentale de l'entreprise	218
A. Existence et usage effectif d'un pouvoir de contrôle ..	220
B. Quantité et qualité des domaines d'autonomie nécessaires à la présence d'une entreprise	224
§ 4. L'entreprise en tant qu'unité de gestion : essai de définition	230
A. Notion valable pour les articles 85 et 86	233
B. Notion valable pour l'entreprise privée et publique ..	235
<i>Section 2. Limites à la personnification de l'entreprise en droit européen de la concurrence</i>	<i>237</i>
§ 1. Possibilité et condition d'une personnification de l'entreprise	238
A. Relativité de la personnalité morale	238
B. Capacité de l'ordre juridique communautaire à conférer la personnalité juridique	240
§ 2. Obstacles et limites à toute personnification de l'entreprise en droit européen de la concurrence	241
A. Objet partiel du droit antitrust	241
B. Caractère partiel de l'intégration : incidence des conceptions nationales sur la mise en œuvre du droit communautaire	244
C. Homogénéité insuffisante des intérêts à grouper par le procédé technique de la personnification	246
D. Solution moyenne et transitoire : reconnaissance d'une personnalité limitée	248
CONCLUSION GÉNÉRALE	249
A. Unité d'entreprise et conduite centralisée : condition d'une non-application de l'article 85	251

B. Les risques accrus d'une application de l'article 86 : corollaire d'une gestion centralisée des groupes de so- ciétés	254
ZUSAMMENFASSUNG	257
TABLE DES DÉCISIONS ET DES ARRÊTS	265
BIBLIOGRAPHIE	269

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>Am. Econ. Rev.</i>	American Economic Review.
<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law.
<i>Ann. Fac. Droit de Liège</i>	Annales de la faculté de droit de Liège.
<i>Antitrust Bull.</i>	Antitrust Bulletin.
<i>Antitrust Develop. 1955-68</i>	Antitrust Development 1955-1968, American Bar Association, 1968 (Supplement to Att'y Gen. Rep.).
<i>Att' Gen. Rep.</i>	Report of U.S. Attorney General's National Committee to study the Antitrust Laws, Washington, 1955.
<i>B.B.</i>	Betrieb-Berater.
<i>B.B. A.W.D.</i>	Betrieb-Berater Aussenwirtschaftsdienst.
<i>B.Kart.A.</i>	BundesKartellamt.
<i>Bull. Com. eur.</i>	Bulletin des Communautés européennes.
<i>Bus. Law.</i>	Business Lawyer.
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahiers de droit européen.
<i>Calif. L. Rev.</i>	California Law Review.
<i>Clunet</i>	Journal de droit international privé (Clunet).
<i>C. M. L. Rev.</i>	Common Market Law Review.
<i>Colum. L. Rev.</i>	Columbia Law Review.
<i>D. ch.</i>	Recueil Dalloz, chronique.
<i>Dr. et Aff.</i>	Le droit et les affaires.
<i>Dr. eur.</i>	Le droit européen.
<i>Dr. soc.</i>	Droit social.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>G.W.B.</i>	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
<i>Harv. Bus. Rev.</i>	Harvard Business Review.
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review.
<i>Int'l and Comp. L. Q.</i> . . .	International and Comparative Law Quarterly.
<i>J. Bus. L.</i>	Journal of Business Law.
<i>J.C.P.</i>	Juris-classeur périodique.
<i>J.O.C.E.</i>	Journal Officiel des Communautés Européennes.
<i>J.O.C.E.C.A.</i>	Journal Officiel de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.
<i>Law and Contemp. Prob.</i>	Law and Contemporary Problems.
<i>N.Y.U. L. Rev.</i>	New York University Law Review.

<i>RabelsZ.</i>	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (fondé par E. Rabel).
<i>Rec.</i>	Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	Revue critique de droit international privé.
<i>Rev. M.C.</i>	Revue du Marché Commun.
<i>Rev. prat.</i>	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales.
<i>Rev. trim. dr. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<i>Rev. trim. dr. eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen.
<i>Riv. dir. eur.</i>	Rivista di diritto europeo.
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale.
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società.
<i>W.u.R.</i>	Wirtschaft und Recht.
<i>W.u.W.</i>	Wirtschaft und Wettbewerb.
<i>Yale L. J.</i>	Yale Law Journal.
<i>Z.a.ö.R.V.</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
<i>Z.H.R.</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.

INTRODUCTION

1. *Les juristes et la notion d'entreprise.*

Pendant longtemps, le législateur, la doctrine et la jurisprudence ignorent pratiquement la notion d'entreprise¹. Du point de vue juridique, l'entreprise n'est pas prise en considération pour elle-même, mais en temps qu'*objet du droit de propriété*. « L'entreprise est restée cachée sous la propriété »², a-t-on pu faire justement observer. En effet, la réglementation de de l'entreprise est alors envisagée avant tout du point de vue de la personne — physique ou morale — qui, en tant que *propriétaire*, exerce l'*activité économique* propre à l'entreprise. Pour les juristes, l'entreprise apparaît alors communément comme synonyme d'entrepreneur ou de commerçant.

Avec l'avènement de la civilisation industrielle, l'exploitation d'activités économiques a exigé la réunion de capitaux importants qui ne pouvaient plus provenir d'un seul commerçant ou entrepreneur. Le droit commercial intervient alors pour établir un régime de propriété collective par la création des divers types de *sociétés commerciales*. Cette étape décisive dans l'élaboration du droit commercial ne va cependant pas modifier de manière fondamentale l'attitude des juristes à l'égard de l'entreprise. Simplement, à l'entrepreneur individuel, se substitue dorénavant un entrepreneur collectif, personnifié par l'une ou l'autre des sociétés commerciales.

Sous l'influence des travaux des économistes et des sociologues, certains juristes prennent progressivement conscience de la réalité de l'entreprise en tant que *phénomène économique et social*. Considéré comme une *unité de production et de distribution de biens et de services*, l'entreprise apparaît en réalité comme bien autre chose que le simple *objet* du droit de propriété. Même pour le juriste, il n'est désormais plus possible de l'envisager uniquement du point de vue de la *personne* de son propriétaire. L'une des véritables dimensions de l'entreprise est mise à jour, celle d'une

¹ *Unternehmen* en allemand, *impresa* en italien.

² G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, L.G.D.G., 1951, p. 266.

communauté de travail ³ douée d'une certaine *autonomie* ⁴. Devant ce phénomène économique et social dont l'existence leur a ainsi été révélée, les juristes vont être amenés à en tirer certaines conséquences sur le plan du droit.

Cette *réception par le droit* d'un concept de nature économique s'est effectuée à des degrés divers selon les branches juridiques envisagées. C'est d'abord le *droit du travail* et le *droit social* qui ont élevé l'entreprise au rang d'un concept juridique autonome. Il ne s'agit plus aujourd'hui d'envisager les relations de travail sur le plan contractuel individuel, en ne prenant en considération que les contrats conclus entre le propriétaire de l'entreprise et chacun de ses employés. On va être amené à se préoccuper toujours davantage *sur un plan collectif* des rapports sociaux existant au sein de l'entreprise. Parallèlement, l'autonomie de cette notion s'affirme à travers le mouvement législatif visant à accroître les droits des travailleurs à la *participation* aux décisions concernant la vie de l'entreprise. Dans le même temps, d'autres législations spéciales ont fait également une place particulière au concept d'entreprise, ainsi le *droit fiscal* et le *droit de la faillite*.

La reconnaissance de l'autonomie de l'entreprise dans diverses disciplines du droit confère *peu à peu* à l'entreprise une *existence propre*, indépendante de la personne de son propriétaire dont elle a tendance à se séparer. Cette *évolution* est très marquée *dans certaines branches du droit*, alors que dans d'autres, soit elle n'est pas encore commencée, soit elle n'apparaît même pas nécessaire. C'est que pour parvenir à une existence propre, un nouveau concept du droit doit répondre à une certaine *nécessité*. Dans plusieurs branches, cette nécessité n'est pas établie. Beaucoup d'auteurs et de praticiens envisagent d'ailleurs avec réticence la création d'une nouvelle catégorie juridique qui ne correspondrait pas selon eux à un besoin véritable. En effet, il leur apparaît toujours possible de régler dans plusieurs branches du droit positif les problèmes particuliers que pose l'entreprise, en se référant à des notions juridiques traditionnelles, telles que sujet de droit, personne morale, société, contrat, fonds de commerce.

³ Cette communauté est réalisée par la collaboration entre l'entrepreneur qui dirige et les employés qui accomplissent leur travail. Cf. les expressions utilisées par les sociologues allemands : *Betriebsgemeinschaft*, *Arbeitsgemeinschaft* ou *Werksgemeinschaft*.

⁴ M. Despax, *L'entreprise et le droit*. Thèse de Toulouse, Paris, L.G.D.G., 1956, pp. 435 et 436, qualifie ainsi la structure de l'entreprise : « ... un organisme autonome formé par l'union intime de deux cellules qui en sont les composantes : la cellule économique, rassemblant les éléments matériels nécessaires à l'œuvre de production, la cellule sociale, composée des éléments humains nécessaires à la mise en œuvre des éléments matériels de la cellule économique... »

2. *Objet et cadre de la présente étude.*

Au cours de la présente étude, on se propose d'examiner, dans un domaine particulier, le droit européen de la concurrence, *la place faite à la notion d'entreprise*. Sans doute doit-on être conscient des limites de la démarche poursuivie, du fait de l'étendue restreinte du domaine ainsi choisi. Le problème fondamental posé aux juristes par l'évolution de la notion d'entreprise apparaît beaucoup plus vaste. Ne s'agit-il pas en définitive de rechercher une *définition générale* applicable dans toutes les disciplines du droit et de déterminer parallèlement comment et sous quelle *forme juridique* l'entreprise peut devenir un *sujet de droit* et n'être plus simplement objet du droit⁵ ? Dans plusieurs pays, l'élaboration de réponses à cette vaste question est en cours depuis plusieurs années tant dans la législation, la jurisprudence que la doctrine. Or on doit admettre qu'il n'est pas encore possible d'appréhender une solution générale au problème de la prise en considération par le droit de la notion d'entreprise. Dès lors, dans la phase actuelle, il paraît encore utile et nécessaire d'analyser de manière systématique au sein des diverses branches du droit le degré d'autonomie réelle de l'entreprise ; plus précisément de décrire *les étapes de sa réception comme concept juridique original* et les perspectives que cette évolution ouvre sur sa transformation en un « sujet de droit ». La présente étude aimerait constituer l'une de ces contributions à l'effort *général* de recherche et d'analyse qui pourrait permettre un jour l'élaboration d'un statut juridique de l'entreprise valable dans les diverses branches du droit. L'objet de la présente étude n'est pas, après d'autres, de s'interroger sur *l'opportunité*, voire la *nécessité* d'un tel statut. Il s'agit plutôt de rendre compte des progrès de l'entreprise dans sa montée à la vie juridique et d'en évaluer les *conséquences*.

Le droit européen de la concurrence constitue d'abord l'une des branches du droit des Communautés européennes ou *droit communautaire*. Influencé par les principaux systèmes juridiques continentaux, celui-ci a pris naissance dans le cadre du Traité de Paris qui institua en 1951 la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA). Il repose aujourd'hui principalement sur les Traités de Rome qui en 1957 créèrent la Communauté Economique Européenne (CEE ou Marché commun), en même temps que la Communauté Européenne pour l'Energie Atomique (CEEA ou Euratom).

⁵ V. dans ce sens R. Patry, « L'évolution de la notion juridique de l'entreprise commerciale », in *Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis*, tome I, Athènes, 1972, p. 168 ; R. Houin, « Société, Association et Entreprise en droit français », in *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, Milano, 1968, pp. 93 ss., notamment 109.

Parmi les diverses normes de droit communautaire sur l'application desquelles veille une même Cour de Justice, c'est sans doute les articles 85 et 86 du Traité CEE qui ont donné lieu au corps de règlements, décisions et arrêts le plus important. Ces deux dispositions constituent l'essentiel des règles de concurrence prévues par le Traité qui ont pour destinataire direct les « entreprises ». Outre son intérêt théorique, la définition de cette dernière notion revêt dès lors une *importance considérable*. En effet, du contenu donné à la notion d'entreprise peut résulter la soumission ou la soustraction d'un comportement donné à l'application de la règle de concurrence ⁶.

Si elle appartient en premier lieu au droit communautaire, la présente étude se rattache aussi étroitement à une discipline relativement récente sur notre continent, le *droit de la concurrence* ou encore droit antitrust, droit cartellaire, droit des ententes et des monopoles. Visant les opérateurs économiques sur le marché, c'est-à-dire les entreprises, le droit antitrust oblige son interprète à tenir compte de ses finalités. Comme l'entreprise elle-même, il amène le juriste à collaborer avec l'économiste pour son étude. C'est également dans l'ordre économique que le droit antitrust tire ses racines et sa justification, puisqu'il vise, à travers le respect par les entreprises d'un certain comportement, à la protection de la liberté des échanges et de la concurrence sur un marché donné.

Sur le plan communautaire, la politique de concurrence s'efforce de maintenir ou d'instaurer des conditions effectives de concurrence par la mise en œuvre de règles applicable aux entreprises et aux pouvoirs publics. Elle tend à assurer la *meilleure utilisation possible des facteurs de production* pour le plus grand profit de l'économie dans son ensemble et en particulier dans l'intérêt des consommateurs ⁷.

Plusieurs auteurs se sont déjà penchés sur la notion d'entreprise dans le cadre du Traité CECA. En revanche, le recours à cette notion dans les règles de concurrence du Traité CEE ne paraît pas encore avoir fait l'objet d'une étude quelque peu détaillée. C'est cette lacune que l'on se propose de combler.

⁶ Par exemple, lors de l'application de l'article 85, c'est notamment du contenu donné au terme « entreprise » que dépendra le sort des accords conclus entre une filiale et sa société mère, selon que le groupe de sociétés ou chacun de ses membres sera considéré comme une entreprise.

⁷ Selon la définition donnée par la Commission des Communautés Européennes dans son *Premier rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles / Luxembourg, 1972, p. 12.

3. Démarche centrale.

L'idée directrice ou le fil conducteur de cette étude consiste en *la montée à la vie juridique de l'entreprise*, portée par le droit européen de la concurrence. Il s'agit de montrer les *diverses étapes* — dont certaines seulement ont déjà été parcourues dans la pratique communautaire — qui peuvent conduire l'entreprise, à l'origine cachée par la propriété, à s'élever au rang de sujet autonome de l'ordre juridique communautaire. La démarche poursuivie pour essayer de justifier cette thèse peut être décomposée en trois étapes correspondant aux trois parties de la présente étude.

1^{re} étape : Le point de départ est la constatation que les auteurs des Traités de Paris et de Rome ont eu recours au terme « entreprise » pour qualifier les destinataires des normes communautaires, notamment des règles de concurrence. Quelle est la signification de ce recours à un terme de nature économique, de préférence à des concepts juridiques classiques tels que personne morale, sujet de droit ou société ?

L'examen de la pratique communautaire, dans le cadre du Traité CECA d'abord, puis surtout lors de la mise en œuvre des articles 85 et 86 CEE, va nous apporter des éclaircissements sur cette signification. S'agit-il simplement d'utiliser le terme « entreprise » comme une *étiquette commode* qui paraît désigner les opérateurs économiques dans leur généralité, alors qu'en réalité, la norme de concurrence s'adresse à la *personne juridique* — physique ou morale — propriétaire de l'entreprise ? Si une telle hypothèse se vérifie, l'entreprise n'acquiert *aucune réalité juridique* en tant que *concept original* existant par lui-même. En pratique, « entreprise » s'identifie alors à « personne morale » ou « personne physique » et se vérifie alors une idée exprimée par la Cour de Justice dans un contexte déterminé : ⁸ « la création de tout sujet de droit dans le domaine de l'organisation économique entraîne la constitution d'une entreprise distincte. »

2^{me} étape : Le texte de certaines décisions de la Commission relatives à l'application des règles de concurrence du Traité CEE aux *groupes de sociétés* paraît annoncer une évolution importante, sensible dès 1968. Pour déterminer si l'on est en présence d'un « accord entre entreprises » au sens de l'article 85 CEE, il ne suffit pas de constater que deux sujets de droit (une filiale et sa société mère) sont liés contractuellement. Il convient de déterminer si ces sujets de droit possèdent *l'indépendance économique* propre à faire de chacun d'eux une « entreprise » ; ou bien s'il ne s'agit

⁸ Lors de l'application d'un mécanisme financier, celui de la péréquation de la ferraille importée dans la CECA. C.J.C.E. Arrêt *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 17 et 20/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, 615, 646-647.

pas en réalité de rapports s'établissant *au sein d'un même ensemble économique* : le groupe de sociétés. Aux yeux de la Commission, *l'indépendance juridique* — exprimée par la présence d'un sujet de droit comme support ou propriétaire de l'entreprise — demeure encore une *condition nécessaire* pour que l'on soit en face d'une « entreprise ». Cependant, cette condition n'apparaît déjà plus *suffisante*. Est également nécessaire *l'indépendance économique* qui est présente auprès de nombreux sujets de droit mais pas chez certains pour lesquels toutes ou partie des possibilités de décision dépendent, par exemple, de la volonté d'une société mère ou d'une direction centralisée d'un ensemble économique auquel ils appartiennent⁹.

Parallèlement, la Commission en appliquant l'article 85 a *imputé* aux sociétés mères des hausses de prix pratiquées par leurs filiales, pour le motif que ces pratiques résultaient d'ordres impératifs de hausse adressés aux filiales par les sociétés mères¹⁰. Elle tend par là à considérer le groupe de sociétés comme entreprise unique en attribuant des effets juridiques à l'unité économique du groupe.

Plus récemment, faisant usage de l'article 86, la Commission a estimé que le simple fait de posséder une majorité de contrôle dans une société filiale permet d'*imputer* à la société mère les actes et comportement de la filiale¹¹. Elle a délibérément refusé de tenir compte de *l'écran* constitué par les personnalités morales distinctes lorsqu'elle a examiné si les conditions d'application de l'article 86 étaient remplies. Pour permettre la mise en œuvre de cette disposition, elle a en effet dégagé un mode d'interprétation qui l'a conduite à raisonner comme si la position dominante et son exploitation abusive résultaient en définitive d'*une même entreprise* constituée par le groupe de sociétés en question.

De ces diverses décisions, il paraît possible de tirer une importante constatation. En interprétant les articles 85 et 86 CEE, la Commission tend à conférer à la notion d'« entreprise » un *contenu original* trouvant sa justification hors de la personne juridique propriétaire de l'entreprise. Elle tient compte de la dépendance économique dont font l'objet les filiales et, en ne les traitant en fait plus chacune comme des « entreprises » distinctes, refuse l'identification de toute personne juridique avec une entreprise. Le raisonnement de la Commission a pour effet de conférer à l'entreprise une certaine autonomie. Aujourd'hui, son existence comme notion juridique

⁹ Décision *Christiani & Nielsen* du 18 juin 1969, J.O.C.E., n° L 165 du 5.7.1969, p. 12 ; Décision *Kodak* du 30 juin 1970, J.O.C.E., n° L 147 du 7.7.1970, p. 24.

¹⁰ Décision *Matières colorantes* du 24 juillet 1969, J.O.C.E., n° L 195 du 7.8.1969, p. 11.

¹¹ Décision *Continental Can* du 9 décembre 1971, J.O.C.E., n° L 7 du 8.1.1972, p. 25.

originale est cependant *limitée*. La Commission n'a pas encore voulu ou pu forger une notion d'entreprise totalement autonome. La Commission ne détache que progressivement l'entreprise de la propriété sous laquelle elle demeure partiellement voilée. Il lui faut en effet être sûre qu'une telle évolution rencontre l'approbation de la Cour de Justice qui veille en dernier ressort sur l'interprétation du droit communautaire. Or avec une grande prudence, la Cour n'a admis qu'implicitement le principe d'une évolution de la notion d'entreprise en suivant la Commission sur la voie d'une reconnaissance de l'unité économique du groupe de sociétés ¹².

3^{me} étape : On peut cependant déjà se demander si, en poursuivant dans la direction dans laquelle elle s'est engagée, la Commission ne serait pas amenée à aller un jour plus loin dans l'octroi d'effets juridiques à la seule indépendance économique de l'opérateur sur le marché. Ce critère ne pourrait-il pas à lui seul permettre de révéler, le cas échéant, la présence d'une « entreprise » ? Le juriste ne doit pas attendre leur actualité dans la pratique communautaire pour poser les questions que suggère l'aboutissement de l'évolution déjà entamée.

Ainsi, dans la mesure où il forme une *unité économique homogène*, le groupe de sociétés doté d'une direction centralisée qui réglemente de façon détaillée l'activité de ses filiales pourrait être considéré comme une seule entreprise au moins dans les domaines où les filiales sont totalement privées d'autonomie. Dans cette hypothèse, comme le groupe n'a pas en principe de personnalité juridique par lui-même, on doit bien admettre que c'est en tant qu'« entreprise » qu'il acquiert la qualité de sujet du droit européen de la concurrence. L'entreprise se voit donc reconnaître, en tant que telle, une existence juridique propre. Pratiquement, pour l'application des articles 85 et 86 CEE, une étape est ainsi franchie. Pour qu'il y ait « entreprise », l'*indépendance économique* n'est plus une condition simplement *nécessaire* — complémentaire à la présence de l'indépendance juridique —, elle devient une condition *suffisante*. Ainsi prise en considération, l'entité économique que constitue le groupe de société, dépourvu de support juridique traditionnel, peut permettre à l'entreprise d'accéder à la qualité de sujet de droit.

A la limite, si l'on estime que l'indépendance économique est le critère décisif, alors ne doit-on pas se demander si, éventuellement, il n'est pas d'autres entités économiques, privées de support juridique traditionnel,

¹² C.J.C.E. Arrêt *Béguelin Import Co. c/ S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, 25 novembre 1971, *Rec.*, 1971, 949 ; Arrêt *J.R. Geigy S.A. c/ Commission*, aff. 52/69, 14 juillet 1972, *Rec.*, 1972, 787 ; Arrêt *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, 215.

qui, tout comme le groupe de sociétés, pourraient voir un jour reconnue leur qualité d'« entreprise » ? On peut songer à la succursale, au département, à la division, autant d'entités qui constituent parfois des unités économiques de production ou de distribution véritablement autonomes.

Certes, à première vue, l'absence de support juridique qui les caractérise constitue un obstacle infranchissable à leur qualification d'« entreprise » partie à des « accords » et se voyant infliger des « sanctions » (amendes ou astreintes). Cependant, il n'est pas possible d'exclure *a priori* l'élaboration progressive de mécanisme d'interprétation des articles 85 et 86 CEE pouvant permettre à l'avenir la prise en considération de telles entités comme sujets directs des règles de concurrence.

Il faudra envisager les conséquences pour le statut juridique de l'entreprise d'un pareil élargissement du domaine des sujets des articles 85 et 86. Les modes d'interprétation et la finalité des règles de concurrence conduisent à la définition d'une notion d'entreprise originale et particulière dont la signification apparaît limitée. Portée par le droit européen de la concurrence, l'entreprise pourrait constituer un *nouveau sujet de droit partiel*. En revanche, sans une reconnaissance parallèle et généralisée de l'entreprise dans d'autres branches du droit, il paraît difficile d'envisager de doter l'entreprise d'une pleine personnalité juridique.

PREMIÈRE PARTIE ·

LE PASSÉ (1952 - 1968) : REFUS D'UN CONTENU
JURIDIQUE ORIGINAL A L'ENTREPRISE

INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE

Le point de départ de la démarche centrale ¹ de cette étude est la constatation que les traités instituant les Communautés européennes ont choisi comme destinataires principaux de leurs règles les entreprises. Il s'agit à partir de là d'indiquer comment s'établit le rapport entre, d'une part, le recours dans un texte juridique au terme « entreprise » et, d'autre part, la prise en considération de l'entreprise par le droit en tant que notion autonome et originale.

1. *Usage et reconnaissance de la notion d'entreprise.*

L'usage que font les juristes du terme « entreprise » est souvent trompeur. Il peut avoir une signification très limitée. On peut citer dans ce sens l'exemple du code de commerce napoléonien. A l'article 632, il use du vocable d'entreprise pour désigner divers « actes de commerce », tels l'entreprise de location, de manufacture ou de fourniture. La notion d'entreprise est entendue ici dans le sens de contrat d'entreprise ². En l'absence de toute définition sont énumérées un certain nombre d'« entreprises » sans que l'on sache très bien si le texte légal vise l'exercice d'une profession, la conclusion d'un acte juridique ou les deux à la fois ³. En introduisant le concept entreprise dans cet article 632, le législateur n'a eu ni pour but ni pour effet de créer une catégorie juridique nouvelle. Dans diverses branches du droit, il est ainsi fréquemment fait recours au terme « entreprise » sans en tirer sur le plan juridique les conclusions que pourrait entraîner l'usage d'un vocable original. Ainsi que l'observe Ripert :

« réunirait-on tous les textes où l'expressions a été employé par le législateur, on ne serait pas beaucoup plus avancé pour donner une définition juridique, car le législateur use du mot quand il lui est commode de le faire, sans se soucier de l'employer toujours dans le même sens » ³.

¹ Cf. *supra*, p. 5.

² V. C. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*. Paris, Colin, 1970, p. 8.

³ G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, L.G.D.J., 1951, p. 266.

Dans les traités communautaires européens, on trouve à différentes places, les entreprises comme destinataires apparents de normes juridiques. Ce fait ne signifie pas nécessairement que l'entreprise s'est vue conférer un contenu juridique original pouvant entraîner la reconnaissance d'un nouveau sujet de droit. On ne doit ni l'admettre ni l'exclure *a priori*. A ce stade de l'examen, on ne peut qu'envisager comme plausibles les deux hypothèses du refus ou de l'acceptation d'une catégorie nouvelle dans notre arsenal juridique.

Pour tenter de les vérifier et retenir celle qui, à un moment donné, se révèle exacte, il est d'abord nécessaire d'appréhender la notion d'entreprise en tant que *réalité économique*. Il s'agit ensuite de déterminer si, dans l'application des textes légaux de la branche du droit envisagée, c'est bien cette réalité économique de l'entreprise qui est prise en considération pour elle-même. En d'autres termes, on doit analyser l'usage que le droit fait de l'expression « entreprise » en vue de déceler s'il accepte de l'adopter comme l'un des concepts propres.

2. *L'entreprise en tant que notion économique.*

Cette recherche suppose donc que l'on mette d'abord en évidence le contenu de la notion économique d'entreprise. Des très nombreuses définitions apparaissant dans la littérature⁴, on se bornera à présenter quelques-unes parmi les plus significatives.

« Toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens et des services. L'entreprise est l'unité économique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique. »⁵

« Un ensemble de moyens de production soumis au pouvoir d'un seul agent. »⁶

« Tout ensemble de moyens de production, poursuivant des objectifs économiques, gérés d'un point central, quelle que soit sa structure juridique. »⁷

« Formation d'une certaine durée ayant pour objet une série d'opérations tendant au même but... tout organisme se proposant essentiel-

⁴ V. les définitions citées par M. Despax, *L'entreprise et le droit*. Thèse de Toulouse, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 6 ; J. Paillusseau, *La société anonyme. Technique de l'organisation de l'entreprise*. Paris, Sirey, 1967, pp. 66-68 ; P.A. Franck, in *L'entreprise publique et la concurrence*. Bruges, de Tempel, 1969, pp. 26-30.

⁵ Truchy, *Cours d'Economie Politique*. Paris, 3^e éd., 1934, t. I, p. 4.

⁶ F. Perroux, *L'économie du XX^e siècle*. Paris, P.U.F., 1966, t. I, p. 85.

⁷ Vanhaecke et Suetons, *Journal des Tribunaux*, 1962, p. 362.

lement de produire pour les marchés certains biens ou services et indépendant financièrement de tout autre organisme. » ⁸

« Organisation vivante des facteurs de la production effectuée dans le but de la production ou de l'échange de biens ou de services... Le concept d'entreprise doit se poser indépendamment de toute qualification intérieure ou structurelle. » ⁹

« Sous son aspect économique... l'unité de décision qui réunit les individus, établissements, organismes et firmes en vue de l'exploitation d'un ensemble économique homogène... » ¹⁰.

« La notion d'entreprise est avant tout en France une notion économique et sociale ; elle exprime l'existence d'un ensemble d'éléments humains et matériels qui sont mis en œuvre par l'entrepreneur d'une façon rationnelle et permanente pour exécuter une tâche économique... » ¹¹

Aux fins de la présente recherche, on adoptera une définition qui soit à la fois la plus simple et la plus large possible. En effet, toute définition trop détaillée entraîne le risque de ne pas embrasser divers organismes pouvant éventuellement être considérés comme entreprises. Or, il importe de laisser ouvert le contenu d'une notion qu'il s'agira de préciser progressivement. Du point de vue économique, l'entreprise sera considérée comme « *une unité économique de production ou de distribution de biens ou de services* ».

Parallèlement à la recherche d'une définition, il faut chercher à mettre en évidence les *éléments constitutifs* de l'entreprise ¹². On n'en mentionnera que les principaux, étant entendu qu'à partir des trois éléments fondamentaux ci-dessous, il est possible de déduire de nombreux sous-éléments. Dans l'entreprise privée comme dans l'entreprise publique on retrouve en principe toujours la présence d'une *activité économique*, d'un *patrimoine* et d'un *gouvernement*.

A. *Activité économique.*

En tant qu'unité de production ou de distribution, la raison d'être de l'entreprise est bien l'exploitation d'une activité économique déterminée,

⁸ Définition de E. James citée par Franck, p. 28.

⁹ R. Franceschelli, *Rivista di Diritto Industriale*, Fasc. 1-2, 1963, p. 81 et ss.

¹⁰ J. Houssiaux, *Le Pouvoir de Monopole*. Paris, Sirey, 1958, pp. 105-106.

¹¹ R. Houin, « Société, Association et Entreprise en droit français », in *Evolution et perspectives du droit français des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*. Milan, 1968, p. 107.

¹² V. R. Patry, « L'évolution de la notion juridique d'entreprise commerciale », in *Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis*. Tome I, Athènes, 1972, pp. 169 ss.

appelée à se répéter dans le temps. Une certaine *durée* ou *permanence* caractérisent notamment l'entreprise. L'activité économique doit être *a priori* conçue au sens large. Il ne saurait donc s'agir d'une activité exclusivement industrielle ou commerciale. L'entreprise ne se définit pas par rapport au critère de la *commercialité*, propre au droit français, puisqu'il existe des entreprises dont la vocation n'est pas essentiellement industrielle ou commerciale, comme par exemple les entreprises agricoles. Par ailleurs, l'idée d'*activité lucrative*, liée à l'obtention d'un *profit* n'est pas un élément constitutif de l'entreprise au sens large. Ainsi une société de services ou de recherches qui se livre parfois à perte à une certaine activité, en vue de la croissance à long terme du groupe auquel elle appartient, peut constituer une entreprise pour elle-même si elle est dotée de suffisamment d'autonomie. Par ailleurs, la notion d'entreprise recouvre aussi bien l'entreprise privée que l'entreprise publique. Or, souvent l'activité de cette dernière n'est pas lucrative, notamment lorsqu'elle remplit un service d'intérêt général. Elle n'en demeure pas moins une entreprise aux yeux de l'économiste.

B. *Patrimoine.*

En vue d'exploiter une certaine activité économique, l'entreprise a besoin de divers *moyens matériels*. On peut songer aux locaux, matières premières, outils, équipements et aux moyens financiers. A de tels biens corporels, viennent également s'ajouter divers bien incorporels, tels que le droit au bail, la clientèle, le « goodwill », le droit exclusif à des marques de fabrique ou de commerce, les divers droits de propriété industrielle, tels que brevets et « know-how ». Ce deuxième élément constitutif de l'entreprise représente *le patrimoine de l'entreprise* qui correspond à un ensemble de biens, corporels et incorporels, et de créance et de dettes¹³. Si souvent de tels biens paraissent entrer dans le patrimoine de la personne, physique ou morale, qui exploite cette activité, c'est-à-dire le propriétaire de l'entreprise ou l'entrepreneur, on constate de plus en plus que cet ensemble de biens a tendance à devenir une *universalité*¹⁴ jouissant en elle-même d'une certaine indépendance par rapport aux autres éléments du patrimoine du propriétaire.

C. *Gouvernement.*

Troisième élément constitutif de l'entreprise, son *gouvernement* ou sa *direction* apparaît aujourd'hui toujours plus nettement séparé de la *pro-*

¹³ On peut rapprocher cet élément de la notion de « fonds de commerce » du droit français. V. Patry, p. 171 note 32.

¹⁴ V. par ex. *infra* p. 191 sur l'unité patrimoniale du département juridiquement dépendant.

priété. Outre des moyens matériels apportés par un ou plusieurs propriétaires, l'exploitation d'une activité économique exige la définition et l'exécution d'une certaine *politique* qui est toujours davantage l'œuvre des personnes disposant de la compétence et des capacités pour *diriger* cette communauté de travail que constitue l'entreprise. A ce propos, on doit distinguer deux niveaux dans la cellule sociale de l'entreprise qui, selon Despax ¹⁵, groupe les éléments humains nécessaires à la mise en œuvre des éléments matériels de la cellule économique. D'une part, ceux qui « régissent » l'entreprise et apparaissent comme les « gouvernants » dans la société politique. Ils forment *le pouvoir* qui de nos jours tend à passer des mains des propriétaires de l'entreprise à celles des dirigeants, cadres ou « managers ». Ceux-ci forment cette « technostructure » tirant sa légitimité du savoir, c'est-à-dire de la compétence que confèrent les connaissances techniques et celle qui est induite de la pratique du commandement. Eux seuls dont émanent les *directives* qui tracent *la politique de l'entreprise* sont responsables vis-à-vis de tous les intérêts en cause ¹⁶.

D'autre part, l'ensemble des employés ou membres du personnel de l'entreprise qui, en appliquant les directives, participent à la « gestion », n'étant responsables que vis-à-vis de ceux qui les leur donnent et qui leur délèguent des attributions. Bloch-Lainé distingue ainsi les premiers qui forment *le pouvoir* des seconds qui constituent la *hiérarchie*.

3. *Les traités communautaires européens et l'entreprise.*

Le Traité de Paris de 1951 instituant la CECA a été l'occasion des premières analyses de la notion d'entreprise en droit communautaire. A ce titre, on ne peut pas ne pas le prendre en considération dans la présente étude.

Aujourd'hui, l'attention se porte plutôt sur le Traité de Rome qui institua en 1957 la Communauté Economique Européenne. Comme une même Cour de Justice à Luxembourg veille sur l'unité d'interprétation des divers traités européens, on ne peut songer à l'analyse de la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 CEE sans se référer préalablement à la pratique communautaire développée dans le cadre de la CECA. La filiation entre ces deux traités ne peut être niée ¹⁷. Le Traité instituant le Marché commun a en effet porté en quelque sorte sur un plan général, englobant presque tous les secteurs de l'économie, certains principes fondamentaux

¹⁵ V. *supra* p. 2 note 4.

¹⁶ Dans ce sens F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*. Paris, Seuil, 1963, pp. 62-63. Cf. aussi *infra* pp. 214-218.

¹⁷ Sur la communauté d'inspiration des deux traités, cf. *infra* p. 29 note 37.

qui avaient déjà été posés par le Traité de Paris pour un secteur déterminé, celui du Charbon et de l'Acier.

Depuis la fusion des exécutifs européens — peut-être davantage encore le jour où sera réalisée la fusion des trois Traités ¹⁸ — les leçons qui peuvent être tirées du plus ancien de ceux-ci offrent un intérêt qui n'est pas seulement historique. Il importe néanmoins de ne pas méconnaître les effets que peuvent entraîner, pour l'interprétation de leurs règles et concepts, les finalités spécifiques de chaque traité ¹⁹.

Une étude de l'autre Traité de Rome qui créa en 1957 la Communauté Européenne de l'Energie Atomique (Euratom) ne s'impose pas au même titre que celle du Traité CECA. Il est vrai que le Traité de l'Euratom mentionne fréquemment le terme « entreprise » ²⁰ et qu'une place de premier plan y est faite à la notion particulière d'« entreprise commune » ²¹. Cependant, de par le domaine très particulier de son champ d'application, ce Traité n'apparaît pas à ce jour avoir apporté à la notion d'entreprise en général un terrain d'analyse aussi riche que les autres Traités communautaires. Certes, l'article 196 b) CEEA contient une définition de l'entreprise en vue de l'application du Traité :

« le terme « entreprise » désigne toute entreprise ou institution exerçant tout ou partie de ses activités dans les mêmes conditions, quel que soit son statut juridique public ou privé. »

A ce titre, ce traité pourrait apparaître plus constructif que le Traité CEE ²². On doit toutefois admettre que cette définition de caractère très général n'apporte pas de précision importante ²³.

Quant à la notion d'« entreprise commune », objet de plusieurs études ²⁴, elle constitue une construction originale mais sa portée est

¹⁸ La fusion des traités a été annoncée dans le préambule du Traité de Bruxelles du 8 avril 1965. Sur ses effets v. F. Kirschstein, « La fusion du droit de la concurrence des Communautés européennes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 5, 1969 ; pp. 219-239 ; F. Hellwig, « Das Wettbewerbsrecht bei der Fusion der drei Verträge », in *Beiträge zum EWG-Kartellrecht* (Internationales Kartellrechtsforum 1966 in Brüssel), Köln, Heymanns, 1967 ; pp. 211-240.

¹⁹ J. de Richemont, « La notion d'entreprise dans le droit des Communautés européennes », *Dr. eur.*, vol. 6, 1963, p. 310.

²⁰ V. notamment art. 29, 40, 41, 43, 44, 73, 75, 83, 104, 105, 144, 145. Le terme entreprise est également utilisé dans les art. 2 et 10.

²¹ V. notamment art. 17, 24 et 45 à 51.

²² Dans ce sens Y. Loussouarn et J.D. Bredin, *Droit du commerce international*. Paris, Sirey, 1969, p. 233.

²³ V. N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés Européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, p. 178.

²⁴ V. P. Mathijssen, « Les entreprises communes ». Contribution in W.J. Ganshof van der Meersch et alii, *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*. Bruxelles, Larquier, 1969 ; pp. 1119-1122 (ci-après Ganshof Van der Meersch. Les

limitée en droit de la concurrence²⁵. Elle n'a en tout cas pas encore eu d'influence réelle sur l'élaboration de la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 CEE. On doit relever toutefois que la notion d'entreprise commune pourrait revenir au premier plan de l'actualité communautaire. En effet, en date du 14 septembre 1971, donnant suite aux discussions sur le mémorandum de politique industrielle, la Commission a déposé une proposition de règlement du Conseil relatif à la création d'*entreprises communes* dans le champ d'application du Traité CEE²⁶. La création de telles entreprises communes aurait notamment pour objet d'offrir un instrument juridique permettant de répondre aux problèmes particuliers d'organisation et de structure qui se posent au niveau de la Communauté pour la prestation de services publics ou lorsqu'un intérêt public important accompagne l'exercice de certaines activités industrielles et commerciales²⁷.

nouvelles) ; J. Gourrier, « La notion d'entreprise commune. Les précédents. Réalisation dans le domaine non nucléaire », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 383 ; et aussi la bibliographie indiquée par M. Scalabrino, « La nozione di impresa nei trattati istitutivi delle Comunità Europee », *Diritto Internazionale*, vol. 21, 1967, p. 198. Cf. aussi *infra* p. 240.

²⁵ Cf. B. Goldman, *Droit commercial européen*. Paris, Dalloz, 2^e éd., 1971, p. 241 n° 225.

²⁶ V. doc. COM (71) 812 final.

²⁷ V. Commission, *Cinquième Rapport Général*. Bruxelles/Luxembourg, 1972, pp. 265-266, n° 219, et Avis du Comité économique et social sur une proposition de règlement du Conseil relatif à l'application du statut d'entreprise commune aux activités relevant de l'industrie des hydrocarbures. *J.O.C.E.*, n° C 36/27 du 1.6.1973.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION D'ENTREPRISE ET L'EXPÉRIENCE DU TRAITÉ CECA : ESPOIR ET DÉCEPTION (1952-1962)

SECTION PREMIÈRE

TRACES D'UNE PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'ENTREPRISE POUR ELLE-MÊME

§ 1. DÉFINITION DES ENTREPRISES VISÉES PAR LE TRAITÉ CECA.

Le Traité CECA fait un très large recours au terme « entreprise »¹. Celle-ci apparaît sans conteste comme le destinataire principal des règles communautaires. Plusieurs auteurs ont dès l'entrée en vigueur du Traité entrepris d'analyser le contenu de cette notion².

¹ On peut mentionner les art. 33 al. 2, 34 et 35 (garanties juridictionnelles aux entreprises) ; 46, 47 et 48 (consultation, demande d'information, etc.) ; 54, 55 et 56 (prêts et aides aux entreprises) ; 58 et 59 (mesures de soutien) ; 60, 61, 62 et 63 (règles sur la concurrence) ; 70 (entreprise de transport) ; 80, 83 et 90 (dispositions générales).

Les entreprises sont aussi spécifiquement visées à l'Annexe II « Ferraille » du Traité ainsi que dans la Convention relative aux dispositions transitoires (établie en exécution de l'art. 85 du Traité) aux art. 1, 8, 10, 23 et 25.

² V. P. Ulmer, *Der Unternehmensbegriff im Vertrag der E.G.K.S.* Heidelberg, Winter, 1960 ; 144 p. ; A.J.O. Van Wassenae Van Catwijk, « Drie aspecten van het begrip 'onderneming' in de Europese verdragen », *De Naamlooze Vennatschap*, 1962, pp. 169-175 ; G. Vanni, « La nozione di impresa nel Trattato della CECA », *Riv. dir. eur.*, vol. 4, 1964 ; pp. 3-29.

Pour une liste de la littérature consacrée à l'entreprise dans le Traité CECA, v. R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Trattato istitutivo della CECA. Commentario*. Milano, Giuffrè, 1970, vol. II, p. 1174.

L'article 80 CECA contient bien une définition des entreprises visées par le Traité³. Celle-ci est hélas décevante⁴ dans la mesure où elle n'apporte aucune réponse à la question de la prise en considération de l'entreprise pour elle-même, en tant que réalité économique, lors de la mise en œuvre des règles communautaires. En effet, cette définition ne constitue au fond qu'une délimitation des entreprises soumises à la juridiction du Traité de Paris. Selon l'art. 80, deux grandes catégories d'entreprises sujettes du Traité sont à distinguer⁵.

(a) *Les entreprises productrices*, celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur des territoires européens des Etats membres visés par l'art. 79⁶. Ces entreprises productrices sont des sujets de la Communauté ayant une entière capacité.

(b) *Certaines entreprises non productrices* sont destinataires de quelques-unes des règles du Traité CECA. Les règles sur la concurrence (art. 65 et 66) sont applicables aux entreprises de distribution. On a généralement considéré ces entreprises comme des sujets de la CECA ayant une capacité limitée.

Enfin, les règles de la CECA peuvent avoir des répercussions sur des entreprises qui ne sont pas sujettes de la Communauté. Cela pourra arriver notamment lors de l'application des art. 65 et 66. On pourrait songer par exemple au cas d'une entreprise hors-communauté qui ferait partie d'une concentration visée par l'art. 66 par. 1 du Traité⁷.

La définition de l'entreprise donnée à l'article 80 a essentiellement un caractère technique et géographique. Par contre, elle ne révèle rien de la nature fondamentale de cette entreprise à laquelle le Traité s'adresse. S'agit-il d'une entité économique que la règle communautaire va saisir en tant que telle, imaginant à cette fin des mécanismes originaux d'appré-

³ Texte de l'art. 80 : « Les entreprises, au sens du présent Traité, sont celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur des territoires visés à l'article 79, premier alinéa, et, en outre, en ce qui concerne les articles 65 et 66, ainsi que les informations requises pour leur application et les recours formés à leur occasion, les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat. »

⁴ R. Kovar, *Le pouvoir réglementaire de la C.E.C.A.* Paris, L.G.D.J., 1964, p. 264 ; D. Prieur, *La C.E.C.A.* Paris, Montchrestien, 1962, p. 248.

⁵ P. Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.* Paris, L.G.D.J., 1953, p. 109.

⁶ C. Grassetti, « La Communauté et les entreprises en tant que destinataires des règles du droit de la Communauté », *Rapport au Congrès international d'étude sur la C.E.C.A.* Milano, Giuffrè, 1957/1958, t. IV, p. 11.

⁷ Cf. Grassetti, p. 13 ; Prieur, p. 248.

hension par le droit d'une réalité qui lui est étrangère et sur laquelle il n'a pas prise ? Derrière l'entreprise ne doit-on pas au contraire s'adresser à son propriétaire, c'est-à-dire l'entrepreneur, seul élément connu et facilement identifiable par le droit ?

Dès 1952, l'entrée en vigueur du Traité CECA allait être l'occasion d'un débat entre adversaires et partisans d'une reconnaissance de l'entreprise par le droit en tant que nouvelle catégorie juridique. Hostiles à une telle évolution, certains considéraient le terme entreprise dans l'article 80 comme une expression sans signification précise se confondant en réalité avec la personne physique ou morale de l'entrepreneur⁸. L'entreprise n'a pas de vie juridique propre, elle ne constitue que le patrimoine de l'entrepreneur⁹.

Au contraire ceux qui, comme Despax, voient dans l'entreprise un « sujet de droit naissant », imaginaient qu'une branche nouvelle comme le droit communautaire ne pouvait que suivre le courant moderne tendant à dissocier l'entreprise de la personne de son propriétaire¹⁰.

En réalité, la majorité de la doctrine va adopter avec prudence une attitude d'attentisme. A l'aube de l'élaboration d'un droit communautaire, on ne peut déjà prévoir le sort qui sera fait à l'un de ses principaux concepts. Dans cette perspective, Grassetti n'exclut pas une autonomie de l'entreprise gagnée progressivement. Il ne la discerne cependant pas dans le texte même du traité :

« Le traité considère l'entreprise d'une manière objective, même dans les cas où, dans les divers ordres juridiques, ce n'est pas l'entreprise mais d'une manière subjective l'entrepreneur seul qui peut être pris en considération. Il est bien possible que, dans le développement futur de la Communauté, cette situation mène à une élaboration autonome de la notion d'entreprise qui, comme nous l'avons dit, ne se retrouve cependant pas dans le traité. »¹¹

Une attitude assez proche se retrouve chez Reuter pour lequel la présence du terme entreprise dans le Traité CECA n'implique probablement

⁸ Cf. Kovar, p. 268.

⁹ Une telle conception est partagée par les auteurs de l'étude sur la CECA publiée par l'Institut des Relations Internationales de Bruxelles, 1953, citée par P. Cure, « La notion d'entreprise dans le Marché Commun », *Dr. eur.*, 1960, vol. 3, p. 345.

« Toute entreprise visée par le traité doit être considérée dans l'état actuel du droit comme un élément du patrimoine de la personne physique ou morale qui le gère sous sa responsabilité conformément à sa loi nationale ; c'est cette personne physique ou morale qui assume les droits et les obligations incombant aux entreprises en vertu du traité. » Cf. *infra* p. 135.

¹⁰ Despax, pp. 170 et 173.

¹¹ Grassetti, p. 12.

pas une référence à la théorie générale de l'entreprise telle qu'elle a été élaborée notamment en droit du travail pour servir de substratum aux rapports collectifs de travail. Peut-être que le terme même d'entreprise ne constitue en réalité qu'une expression commode recouvrant la personne physique ou morale de l'entrepreneur ou un raccourci destiné à désigner la personne propriétaire des moyens de production. Néanmoins, Reuter admet que par la pratique communautaire le concept d'entreprise puisse apparaître un jour comme notion juridique autonome :

« Mais il n'est pas exclu que certaines situations conduisent à élaborer une notion autonome de l'entreprise, qui soit étroitement calquée sur la définition des éléments économiques de la production et qui se détache de ceux qui, sur le plan juridique, sont liés à la notion de personnalité. » ¹²

Paraissant confirmer cette évolution suggérée par une partie de la doctrine, les autorités de la CECA ont bien adopté, dans quelques circonstances, une attitude tendant à dissocier l'entreprise du sujet de droit qui en était le propriétaire, afin de saisir cette notion pour elle-même. Il convient de donner un bref reflet de ces diverses prises de position.

§ 2. NOTION D'ENTREPRISE EN VUE DES PRÉLÈVEMENTS DE LA HAUTE AUTORITÉ.

Les articles 49 et 50 CECA autorisent la Haute Autorité à établir des prélèvements sur la production du charbon et de l'acier afin de lui fournir des ressources pour l'accomplissement de diverses tâches. La Haute Autorité a été amenée à préciser, dans sa Décision n° 2-52 du 23 décembre 1952 (art. 4 n° 1 et 3) relative à ces prélèvements, que :

« Les prélèvements sont dus par chaque entreprise sur le tonnage de sa production imposable...

... Le versement est effectué par chaque entreprise pour l'ensemble des établissements qui lui sont rattachés, aux comptes postaux ou bancaires ouverts à cet effet au nom de la Haute Autorité dans l'Etat membre sur le territoire duquel l'entreprise en cause exerce son activité. » ¹³

Dans cette décision, le terme « entreprise » est employé pour désigner une entité redevable d'une contribution, c'est-à-dire un *contribuable*. Il ne

¹² Reuter, p. 109 ; cf. Despax, p. 172 et *supra*, p. 12.

¹³ J.O.C.E.C.A., 30.12.1952, p. 4.

peut s'agir ici que d'une personne physique ou morale, sujet de droit. En effet, comme l'a souligné l'avocat général Lagrange dans ses conclusions dans l'affaire 20/58 :

« Un versement à un compte postal ou bancaire n'est pas effectué par une « unité économique », mais par une personne, physique ou morale, jouissant de la capacité civile. » ¹⁴

Ce point de vue a été critiqué par certaines entreprises lors de la procédure relative aux arrêts de la Cour de Justice rendus dans les affaires sur la péréquation de la ferraille ¹⁵.

Ainsi, la société mère d'un Konzern allemand, Klöckner-Werke A.G., a fait allusion au fait que le Konzern avait pu à certaines occasions être considéré comme une seule entreprise :

« La Haute Autorité elle-même aurait toujours considéré la Klöckner-Werke AG et ses filiales comme une seule entreprise, ainsi qu'il découlerait notamment du fait que les déclarations visant le prélèvement et les déclarations d'investissement ont été faites, pour tout le complexe, par la société mère. » ¹⁶

Selon l'opinion de cette société mère, si, en virant les fonds à la Haute Autorité, elle répartissait le montant suivant les sociétés filiales au moyen d'un système de numérotage, il s'agissait seulement de répartition comptable n'impliquant nullement l'idée de représentation. Dans ses arrêts sur la péréquation de la ferraille, la Cour prit sur le fond une position proche de celle de la Haute Autorité en assimilant entreprise à personne physique ou morale. Toutefois, elle refusa de se prononcer sur l'argument précis relatif aux déclarations de prélèvements avancé par Klöckner ¹⁷. Cette prudence montre assez bien par ailleurs la portée précise et limitée que la Cour entendait donner à ses prises de position relatives à l'application d'un mécanisme financier ¹⁸.

¹⁴ C.J.C.E., Arrêt *Phoenix-Rheinrohr A.G., Vereinigte Hütten- und Röhrenwerke c/ Haute Autorité*, aff. 20/58, 17 juillet 1959, *Rec.*, 1958-59, 163, 194.

¹⁵ V. *infra* pp. 30-35.

¹⁶ C.J.C.E., Arrêt *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 17 et 20/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, 615, 627.

¹⁷ La Cour devait déclarer en réponse à l'argument de Klöckner-Werke : « Attendu qu'on doit remarquer tout d'abord que le comportement auquel se réfèrent les requérants visait des questions telles que les déclarations en matière d'investissement ou de prélèvement général, qui n'avaient aucune relation avec le fonctionnement du mécanisme des ferrailles ; que, partant, ... les requérants n'étaient pas justifiés à interpréter ces décisions de base à la lumière du comportement de la Haute Autorité en dehors de l'application du mécanisme de péréquation. » *Rec.*, 1962, 648.

¹⁸ Sur ce point v. *infra* p. 121.

§ 3. NOTION D'ENTREPRISE ET QUALITÉ POUR AGIR DEVANT LA COUR DE JUSTICE.

L'article 33 al. 2 CECA dispose que les entreprises ou les associations visées à l'article 48 du Traité peuvent former, dans les mêmes conditions qu'un des Etats membres ou que le Conseil, un recours contre les décisions et recommandations individuelles les concernant ou contre les décisions et recommandations générales qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard¹⁹. Les entreprises en tant que telles bénéficient donc dans la CECA des garanties juridictionnelles. Le Traité CEE (articles 173 et 175) prévoit quant à lui des garanties juridictionnelles aux personnes physiques et morales et non aux entreprises²⁰.

Une entreprise, en vertu de l'article 35 CECA, peut engager un recours contre la Haute Autorité lorsque celle-ci néglige de prendre une décision ou de formuler une recommandation. Lorsque, en vue de l'application des articles 33 ou 35, il s'agit de déterminer si l'on est en présence d'une entreprise au sens du traité, il faudra se référer à la définition de l'article 80 CECA. Or cette définition essentiellement technique et géographique n'éclaire pas sur le contenu même de la notion d'entreprise visée par le traité. Aussi la Cour de Justice, particulièrement dans ses arrêts *Schlieker* et *Klöckner* allait devoir clarifier ce problème.

A. Attribution de l'activité de l'entreprise à la personne morale qui en est propriétaire.

Dans l'affaire *Schlieker* une personne physique possédait une participation dans une société propriétaire d'une entreprise au sens du traité. Cette personne physique entend demander par voie de recours l'annulation d'une décision de la Haute Autorité concernant l'entreprise dans laquelle elle détient une participation. Dans ses conclusions, l'avocat général rappelle que c'est à l'article 80 qu'il convient de se référer pour déterminer le critère d'entreprise aux fins de l'application du traité. Il suggère à la Cour de refuser à la personne physique la qualité pour agir en estimant que sa détention d'une partie du capital de la société exploitant l'entreprise ne lui confère pas la qualité pour agir, celle-ci étant réservée aux entreprises. Bien qu'insistant sur le rôle de l'activité d'entreprise,

¹⁹ V. Kovar, pp. 425-440.

²⁰ V. Richemont, p. 311 ; R. Plaisant, R. Franceschelli, J. Lassier, *Droit européen de la concurrence*. Paris, Delmas, 1966, p. 330.

l'avocat général n'a pas admis comme justifiable l'entreprise en tant que telle, mais, en lieu et place, la personne morale à qui l'activité d'entreprise doit être attribuée.

« Ainsi est-il clair que la requérante ne peut être considérée comme une entreprise au sens du traité C.E.C.A., parce qu'elle ne produit ni ne vend de charbon et d'acier. Elle participe seulement avec des parts relativement minimes à des entreprises et même, dans l'un des deux cas qui nous intéressent ici, de façon seulement indirecte, par l'intermédiaire d'une autre personne morale. L'activité d'entreprise, qui est seule importante d'après le traité C.E.C.A., est exercée par une personne morale séparée d'elle et cette activité ne peut être attribuée qu'à celle-ci. Ainsi est-il prouvé qu'en principe la requérante n'a pas le droit de demander l'annulation. » ²¹

B. Qualité pour agir d'une société mère dont la filiale exploite une entreprise au sens du traité.

Pour pouvoir agir en justice conformément à l'article 33 al. 2, l'entreprise doit remplir simultanément deux conditions ²². D'une part, constituer une « entreprise » au sens de l'article 80 du traité ; d'autre part, être concernée individuellement par la décision attaquée.

L'application de cet article 33 al. 2 par la Cour de Justice dans l'affaire *Klöckner* a donné lieu à une discussion sur la qualité d'entreprise de la recourante. Celle-ci était une société mère contrôlant des sociétés productrices d'acier et utilisatrices de ferraille. D'après la thèse de la Haute Autorité, en ce qui concernait le fond de l'affaire, soit l'application du mécanisme de péréquation de la ferraille, la société mère en tant que holding n'avait pas qualité d'entreprise au sens de l'article 80. Seule possédait cette qualité la filiale dans les établissements de laquelle la ferraille était utilisée.

La Cour a cependant admis la recevabilité du recours déposé par la société mère. La Haute Autorité n'ayant opposé aucune fin de non recevoir à l'égard de la société mère, la Cour n'a pas eu besoin de se prononcer sur la recevabilité. Toutefois dans ses conclusions, l'avocat général Lagrange a pris parti avec une certaine souplesse en faveur du droit de la société mère à être considérée comme justiciable de la Cour au sens de l'article 33 al. 2.

²¹ C.J.C.E., Arrêt *Schlieker c/ Haute Autorité*, aff. 12/63, 4 juillet 1963, *Rec.*, 1963, 1973, 193.

²² V. Kovar, p. 266 ; F.C. Jeantet, « Les intérêts privés devant la Cour de Justice de la C.E.C.A. », *Revue du droit public et de la science politique*, 1954, pp. 697 ss.

Adoptant strictement la thèse de la Haute Autorité sur le fond, l'avocat général aurait dû estimer que puisque la société mère n'était pas une « entreprise » au sens du traité conformément à l'article 80, elle ne pouvait pas être justiciable de la Cour en vertu de l'article 33 al. 2. En effet, même si elle remplissait éventuellement la seconde condition, celle de l'intérêt à agir, elle ne satisfaisait pas à la première, celle d'être une « entreprise » au sens du traité. Or par un raisonnement qui tend à reconnaître l'unité du groupe de sociétés, l'avocat général Lagrange parvient à justifier exceptionnellement la qualité d'« entreprise » de la société mère :

« ... même si l'on admet le point de vue défendu par la Haute Autorité au sujet de la notion d'entreprise pour l'application du mécanisme de péréquation (ce que nous aurons à examiner), il n'y a pas contradiction à admettre également qu'une question de principe intéressant l'ensemble du « Konzern » soit traitée administrativement par la société mère et que, celle-ci s'étant adressée à la Haute Autorité et ayant reçu d'elle une réponse valant décision, elle défère cette décision à la Cour : elle justifie de toute évidence d'un intérêt lui donnant qualité pour former recours, même si les impositions sont dues par les filiales. On peut donc équitablement faire l'effort d'admettre *qu'elle est en la circonstance une « entreprise » au sens des articles 80 et 33 combinés*, habilitée à agir en justice, comme pourrait le faire par exemple une association d'entreprises. »²³

L'attitude de l'avocat général révèle une certaine contradiction. Sur le fond, il va estimer que la notion d'entreprise s'identifie avec celle de la personne morale propriétaire de l'entreprise²⁴, mais en vue de déterminer la qualité à agir de la société mère, il consent à percer le voile de la personnalité morale pour tenir compte de la réalité économique du groupe de sociétés. Certes, l'avocat général ne va pas jusqu'à dire que le Konzern dominé par la société mère Klöckner-Werke A.G. constitue une seule entreprise. Néanmoins, son raisonnement se justifie par une même constatation fondamentale. En effet, la société mère est en définitive considérée comme « entreprise » au sens des articles 80 et 33 combinés parce qu'elle possède une filiale qui exploite elle-même une « entreprise » au sens de l'article 80 à laquelle elle s'identifie. C'est l'existence de liens étroits entre la filiale et sa société mère qui crée une unité économique. Au sein de cet ensemble économique, une qualité propre à l'un des membres distincts sur le plan

²³ C.J.C.E., Arrêt *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 17 et 20/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, 615, 662 (c'est nous qui soulignons).

²⁴ V. *infra* p. 33.

juridique rejaillit sur l'ensemble du groupe et notamment sur la société mère.

§ 4. PERMANENCE DE L'ENTREPRISE EN CAS DE FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ PROPRIÉTAIRE.

On sait que dans diverses législations nationales, et notamment en France²⁵, des modifications de la législation sur les sociétés ont eu pour effet, dans certaines circonstances, de différencier la liquidation des biens de la société, de la faillite personnelle de son propriétaire. Pour des raisons d'intérêt social autant qu'économique, on a ainsi tenté d'assurer la continuité et la permanence des entreprises quelque soient les aléas pouvant marquer la vie de leur propriétaire.

La pratique du Traité CECA illustre également cette tendance. La Cour de Justice a posé le principe suivant :

« Les pouvoirs normaux de vérification et de contrôle dont la Haute Autorité se trouve investie à l'égard des entreprises ne s'éteignant pas au moment de la cessation de leur activité ou en cas de faillite. »²⁶

Même après la faillite, c'est-à-dire à un moment où, selon certains auteurs, la personnalité morale a disparu²⁷, il continue d'exister une entreprise soumise au pouvoir de vérification et de contrôle de la Haute Autorité. Ainsi l'entreprise existe pour elle-même et ne s'identifie pas à la personne morale de son propriétaire. Par ailleurs, la Cour paraît mettre ici en évidence l'un des éléments constitutifs fondamentaux de la notion économique d'entreprise, l'exercice d'une activité²⁸.

²⁵ V. R. Houin, « Permanence de l'entreprise au travers de la faillite », in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Gent, Story-Scientia, 1966, t. II, pp. 609-618 ; ainsi que les textes et commentaires cités par C. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*. Paris, Colin, 1970, pp. 9, 106-109, 116-117.

²⁶ C.J.C.E., Arrêt *Officine elettromeccanica Ing. A. Merlini c/ Haute Autorité*, aff. 108/63, 21 janvier 1965, *Rec.*, 1965, 1, 2.

²⁷ Sur les conséquences de la faillite d'une société sur sa personnalité morale, v. P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*. Thèse, Nancy, 1949, pp. 125-126.

²⁸ V. R. Franceschelli, « L'entreprise communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 4, 1968, pp. 538-547, spéc. p. 546.

§ 5. LA NOTION D'ENTREPRISE AUX FINS DE L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE.

L'article 65 CECA ²⁹ vise les ententes en utilisant une terminologie qui sera reprise dans une large mesure lors de la rédaction de l'article 85 CEE. Si l'application de cet article 85 à l'égard de sociétés et d'établissements se trouvant dans des rapports de dépendance a permis l'amorce d'une importante évolution au sujet de la notion d'entreprise ³⁰, celle de l'article 65 CECA paraît plus limitée à cet égard.

A. *Entreprises de pays non membres.*

Se référant à l'article 80 CECA, on peut déduire que les entreprises parties à une entente soumises à l'article 65 CECA doivent exercer une *activité de production* dans le domaine visé par le traité et à l'intérieur des territoires européens des Etats membres. A cela s'ajoutent les entreprises exerçant une *activité de distribution* en gros. Comment caractériser la situation d'une société sidérurgique étrangère à la CECA qui possède dans un des pays membres un établissement qui n'a pas de personnalité juridique, lorsque cette société étrangère conclut avec une société d'un pays membre un accord correspondant aux ententes interdites par l'article 65 ? Reuter estime qu'il faut envisager l'application de la règle de concurrence, ce qui, pour cet auteur, « prouverait que l'entreprise n'est pas la notion juridique de personne morale ou physique propriétaire » ³¹. En effet, pour l'application de l'article 65 CECA, qui apparaît différente sur ce point de celle de l'article 85 CEE, un accord entre une entreprise de la Communauté et une ou plusieurs entreprises totalement extérieures ne tombe pas sous le coup de l'article 65 même s'il doit exercer ses effets sur le territoire de la CECA ³². Dès lors, dans l'hypothèse envisagée plus haut,

²⁹ Texte de l'art. 65 par. 1 : « Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence et en particulier :

- a) à fixer ou déterminer les prix ;
- b) à restreindre ou à contrôler la production, le développement technique ou les investissements ;
- c) à répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement. »

³⁰ V. *infra* pp. 85-156.

³¹ Reuter, p. 211 ; cf. Cure, pp. 345-346, et G. Bebr, « The concept of enterprise under the European Communities : Legal effects of partial integration », *Law and Contemp. Prob.*, vol. 26, 1961, p. 460 *in fine*.

³² Kovar, p. 108.

l'article 65 CECA ne devrait pas s'appliquer sauf si l'on admet que le rattachement de la société étrangère à la CECA s'effectue par le truchement de l'établissement sans personnalité juridique qu'elle possède dans la CECA ³³. Pour y parvenir, il faut bien — allant au delà du critère de la personnalité morale exclusivement étrangère de la société — prendre en considération l'« entreprise » en tant que notion autonome.

Cela admis, deux raisonnements sont possibles. D'une part on peut concevoir que c'est l'établissement sans personnalité juridique qui est lui-même une « entreprise ». Il faut alors admettre que c'est cet établissement qui est partie à l'entente ³⁴. Cette conception a pour conséquence la reconnaissance de l'entreprise comme notion originale dans le droit communautaire. D'autre part, sans aller si loin, on peut estimer que l'entreprise est un ensemble économique qui recouvre et englobe à la fois l'établissement situé sur la CECA et la société « étrangère ». Par l'un de ses établissements, cette entreprise est partiellement communautaire, ce qui explique la soumission à l'article 65 CECA de l'entente qu'elle a conclue avec une entreprise communautaire. Ce second raisonnement est moins audacieux et plus réaliste au stade actuel de reconnaissance de l'entreprise par le droit.

B. *L'application de l'article 65 CECA aux relations intragroupes.*

Ce problème a été abordé dans la doctrine. Il n'a pas été réglé dans la jurisprudence. Les auteurs ³⁵ font ressortir que l'article 65 CECA vise en principe n'importe quelle forme de restriction à la concurrence et non seulement les accords de cartel au sens strict ou technique. L'on ne peut dès lors exclure *a priori* le cas des relations internes d'un groupe de sociétés. Toutefois, si les accords entre entreprises économiquement dépendantes n'ont pas d'influence sur le marché, alors l'article 65 CECA ne devrait pas s'appliquer. Sur le plan économique, l'absence d'autonomie des diverses entreprises soumises à la direction du Konzern semble indiquer que, formant une unité et constituant éventuellement une seule entre-

³³ R. Roblot, « Les relations privées des entreprises assujetties à la CECA », *Dr. soc.*, 1954, p. 566, observe : « est entreprise toute exploitation industrielle qui exerce sur le marché commun une activité de production, même s'il s'agit d'un établissement dépendant d'une personne juridique étrangère à la Communauté. »

³⁴ Sur les moyens de justifier ce point de vue, v. *infra* pp. 202-207.

³⁵ V. R. Krawielicki, *Das Monopolverbot im Schuman-Plan*. Tübingen, Mohr, 1952, pp. 11-12 ; K. Habekorn, « Behandlung von Konzernunternehmen nach Art. 65 des Montanunion-Vertrages », *Neue juristische Wochenschrift*, 1960, p. 86.

prise³⁶, le Konzern doit voir ses accords internes soustraits à l'application éventuelle de l'article 65 CECA³⁷. Cette conception réaliste, qui a été reprise et développée dans l'application des règles de concurrence du Traité CEE, paraît ne pas tenir compte des personnalités juridiques distinctes qui composent le Konzern. En niant la présence d'une pluralité de sujets du droit de la concurrence, elle tend à enlever à chaque société dominée le caractère d'entreprise distincte. On peut voir ici une tendance à la reconnaissance de l'entreprise en tant que réalité économique.

Dans le même sens, la doctrine s'est demandé si le Konzern *en tant que tel* pouvait constituer une entreprise en sens de l'article 65 CECA. Certes, il n'est pas doté de la personnalité juridique, et il ne peut donc être partie à un contrat. En revanche on peut imaginer qu'il prenne un engagement moral et souscrire à des « gentlemen agreements », pratiques qui pourraient tomber sous le coup de l'article 65 CECA. Habekorn, l'un des quelques auteurs à s'être penchés sur cette question, aboutit à la conclusion que

« en considérant l'économie du traité C.E.C.A. comme aussi le sens des interdictions des concentrations, il peut être possible de s'opposer aussi bien au Konzern considéré comme unité économique, qu'aux diverses entreprises qui composent ce Konzern. »³⁸

Dans une communication³⁹, la Haute Autorité s'est prononcée sur la manière dont elle entendait régler au moins un cas particulier d'accord

³⁶ V. les arguments en faveur de cette thèse et la littérature citée par Ulmer, pp. 100 et 120 ss.

Il faut noter que la littérature allemande envisage le cas particulier du « Konzern », qui est une institution spécifique du droit allemand.

³⁷ Ce sont ces arguments qui ont été développés par les parties et repris par l'avocat général Roemer dans l'Arrêt *Comptoirs charbonniers de la Ruhr*, où se posait la question de l'application de l'art. 65 par. 1 CECA et notamment de l'interdiction de discrimination pour des livraisons à des entreprises juridiquement indépendantes mais économiquement intégrées. V. C.J.C.E., Arrêt *Comptoirs charbonniers de la Ruhr. Geitling et alii c/ Haute Autorité*, aff. 13/66, 18 mars 1962, *Rec.*, 1962, 165, 252 ss.

Dans ce même arrêt, la Cour a relevé le parallélisme entre les traités C.E.C.A. et C.E.E. : « que si on admet une communauté d'inspiration entre les articles 65 du traité C.E.C.A. et 85 du traité C.E.E. ... » Arrêt cit., p. 201.

Cf. J.A. Ellis, « Joint ventures, intra-enterprise arrangements and horizontal arrangements between independent companies », *Proceedings. Conference on Antitrust and the European Communities. Brussels/Luxemburg*. New York, A.B.A., 1964, p. 102.

³⁸ Habekorn, p. 87 (notre traduction) ; *contra* W. Harms, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Köln, Heymanns, 1968, p. 104 note 518 (ci-après : Harms, *Konzerne*).

³⁹ Communication concernant la société « Rheinischer Braunkohlenbrikettverkauf G.m.b.H. », J.O.C.E.C.A., 8.8.1960, p. 1089/60. Texte cité et commenté entre autres par A. Deringer, « Les règles de la concurrence au sein de la C.E.E. », *Rev. M.C.*, 1963, pp. 37-38 ; P. Van Ommeslaghe, « L'application des

entre entreprises dépendantes. Elle a exclu l'application de l'article 65 en raison de l'absence de concurrence susceptible d'être éliminée et envisagé celle de l'article 66 visant la position dominante. Cependant, la Haute Autorité n'en a pas moins estimé que toutes les sociétés juridiques indépendantes constituaient des entreprises distinctes au sens de l'article 65. L'intérêt de cette communication se trouve toutefois réduit du fait que trois des entreprises en cause n'appartenaient qu'au comptoir de vente incriminé sans être liées au groupe de sociétés dont les membres constituaient les autres participants au comptoir. Dès lors, la Haute Autorité ne pouvait pas considérer qu'il y avait une unité économique formant une seule entreprise.

SECTION II

BLOCAGE D'UNE ÉVOLUTION PAR LA COUR DE JUSTICE : LES ARRÊTS SUR LA PÉRÉQUATION DE LA FERRAILLE

Des quelques reflets donnés ci-dessus d'occasions offertes à la pratique communautaire de préciser le contenu de la notion d'entreprise, il ressort une impression de tâtonnement et d'incertitude. La Haute Autorité comme la Cour n'ont pas méconnu les perspectives qu'entraînait la mise en œuvre d'une notion originale et peu connue. Par prudence mais aussi en l'absence d'une véritable nécessité de définir l'entreprise, les organes communautaires ont retardé le moment d'une prise de position claire : accepter ou refuser de regarder l'entreprise pour elle-même et, le cas échéant, lui faire une place originale parmi les concepts de base du droit communautaire européen.

Les instances communautaires allaient devoir aborder le fond du débat sur la qualification juridique de l'entreprise en se trouvant confrontées au problème de la structure hybride du groupe de sociétés. Composé d'entités distinctes sur le plan juridique, alors qu'il forme le plus souvent une seule entité économique, le groupe de sociétés place en effet le juriste devant un choix difficile. Doit-il rester en tout point fidèle aux critères et instruments classiques de sa discipline ou au contraire lui faut-il pour mieux appréhender cette réalité nouvelle accepter de nouvelles notions et leur faire alors une place originale dans le droit.

articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 3, 1967, p. 489 (ci-après : Van Ommeslaghe, « L'application des articles 85 et 86 »).

C'est à l'occasion de l'application d'un mécanisme financier à des groupes de sociétés que la Haute Autorité puis d'une manière plus approfondie la Cour de Justice se sont prononcées sur le contenu de la notion d'entreprise. Le caractère très particulier de cette prise de position doit toujours être présent à l'esprit lorsqu'il s'agit d'en évaluer la portée ⁴⁰. On ne peut cependant négliger cet épisode célèbre de la pratique communautaire qui demeure à ce jour la seule occasion où l'instance judiciaire suprême des Communautés s'est prononcée expressément sur la notion d'entreprise.

§ 1. REFUS DE PRENDRE EN CONSIDÉRATION LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS.

En application de l'article 53 du Traité CEE, la Haute Autorité avait créé par une décision 22-54 ⁴¹ du 26 mars 1954 un système de « péréquation de la ferraille importée » en vue d'empêcher que les prix de la ferraille de la CEE ne s'alignent sur les prix supérieurs de la ferraille importée de pays tiers. Pour l'application de ce système fut constituée une Caisse de péréquation de la ferraille importée, qui allait être alimentée par des contributions versées par *chaque entreprise* au prorata de ses achats de ferraille, l'acquisition de celle-ci hors du territoire de la Communauté devant avoir lieu en commun. Une décision prise par la Haute Autorité décreta que *les ressources propres en ferraille de l'entreprise* sont exonérées de toute contribution ⁴².

A. La notion de « ressources propres » et l'unité économique du groupe de sociétés.

Selon le système de péréquation, les entreprises devaient donc verser des contributions d'autant moins élevées que la part de leurs ressources propres en ferraille était importante. La définition des « ressources propres » donna lieu à certaines difficultés qui entraînèrent un débat sur la notion d'entreprise.

En effet, certains groupes de sociétés, arguant du fait qu'ils constituaient une entreprise unique, assimilèrent la notion de « *ferrailles de ressources propres* » à celle de « *ferrailles de groupes* » ⁴³, c'est-à-dire en

⁴⁰ Sur cette observation, v. *infra* pp. 120-122.

⁴¹ J.O.C.E.E.A. du 30.3.1954, pp. 286-287 ; cf. aussi Arrêt cit. *Phoenix-Rheinrohr, Rec.*, 1958-59, p. 196.

⁴² Décision 2/57 du 26.1.1957, J.O.C.E.E.A. du 28.1.1957, pp. 61-67.

⁴³ En allemand « *Konzernschrott* ».

provenance de sociétés appartenant au groupe. Pratiquement, les sociétés mères de ces groupes interprétèrent le terme « *ressources propres* » dans le sens de ferraille *non achetée* et comptabilisèrent comme ressources propres vis-à-vis de la Caisse de péréquation tous les tonnages reçus par elles en provenances de filiales portant une *raison sociale* différente, mais dont elles possédaient une participation prépondérante. Selon cette thèse, le groupe de sociétés, malgré la diversité de personnes juridiques de ses membres, devait être considéré dans son ensemble comme seule et même entreprise. Son adoption aurait eu pour effet d'entraîner la reconnaissance en droit communautaire de l'entreprise en tant que notion juridique autonome. C'est en effet une réalité d'ordre économique, l'entreprise unique formée par le groupe, qui aurait été saisie dans l'application du mécanisme financier alors que passait au second plan la personnalité juridique distincte des membres du groupe.

Se référant à une opinion bien établie rattachant la notion « *ressources propres* » à la notion juridique de « *propriété* »⁴⁴, la Haute Autorité rejeta dès le début la thèse soutenue par les groupes de sociétés. La Cour de Justice de la CECA, chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation du traité et de ses règlements d'exécution⁴⁵, allait devoir prendre position sur les deux thèses en présence.

B. *Raisons de l'identification de l'entreprise avec la personne morale de son propriétaire.*

Au cours de longues procédures, la Cour se prononça à trois reprises pour exprimer chaque fois avec plus de netteté qu'il convenait de rejeter toute solution visant à considérer chaque groupe de sociétés comme une seule entreprise aux fins de l'application du mécanisme de péréquation.

Dans une première phase, sans chercher à définir l'entreprise, elle refusa l'exonération de la ferraille de groupe qui était réclamée par deux filiales de la Régie Renault. Lors des affaires S.N.U.P.A.T.I.⁴⁶ et S.A.F.E.⁴⁷, la Cour insista pour justifier son point de vue sur le caractère discriminatoire d'une exonération de la ferraille de groupe. Celle-ci

« aboutirait à ce que la production d'acier, qui repose totalement ou en partie sur les ferrailles, dépendrait de la structure juridique ou

⁴⁴ Lettre du 18 décembre 1957 de la Haute Autorité à l'Office commun des consommateurs de ferraille. *J.O.C.E.C.A.*, 1.2.1958, p. 45.

⁴⁵ Art. 31 CECA.

⁴⁶ C.J.C.E., Arrêt *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Acierie du Temple* (S.N.U.P.A.T.I.) c/ *Haute Autorité*, aff. 32 et 33/58, 17 juillet 1959, *Rec.*, 1958-59, 275.

⁴⁷ C.J.C.E., Arrêt *Société des aciers fin de l'Est* (S.A.F.E.) c/ *Haute Autorité*, aff. 42/58, 17 juillet 1959, *Rec.*, 1958-59, 381.

financière ou de l'organisation, souvent changeantes, des ententes industrielles. »⁴⁸

C'est ensuite dans son arrêt S.N.U.P.A.T. II⁴⁹ que la Cour aborda de manière détaillée le fond du problème. Elle condamna à cette occasion certaines dérogations qui avaient été accordées par la Haute Autorité, sur la base du *critère de l'intégration locale*, à des groupes de sociétés dont les membres n'étaient pas seulement intégrés sur le plan économique mais également sur le plan géographique, tous les ateliers et usines du groupe fonctionnant dans une même enceinte et disposant de services généraux communs. La Cour établit à cette occasion de manière catégorique le principe de l'identification de la notion d'entreprise avec le concept de personne physique ou morale en déclarant :

« que la notion d'entreprise au sens du traité s'identifie au concept de personne physique ou morale, étant donné que le traité fait essentiellement appel à cette notion pour désigner les titulaires de droits et obligations découlant du droit communautaire ; »⁵⁰

Pour justifier ce point de vue, la Cour avança une série d'arguments dont les principaux sont :

- i. L'absence dans le traité d'une disposition explicite indiquant que le groupe peut être considéré comme une entreprise unique,⁵¹
- ii. L'identification des entreprises visées à l'article 80 nécessite la prise en considération des personnalités juridiques distinctes au regard de leur droit national,⁵²
- iii. Le refus de se prêter à une interprétation de la notion d'entreprise permettant aux groupes de sociétés de « gagner sur les deux tableaux »

⁴⁸ Sommaire n° 6 de l'Arrêt S.N.U.P.A.T., *Rec.*, 1958-59, 275, 280.

⁴⁹ C.J.C.E., Arrêt *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité, soutenue par Koninklijke Nederlandsche Hoo-govens en Staalfabrieken N.V. et Breda Siderurgica s.p.a.*, aff. 42 et 49/59, 22 mars 1961, *Rec.*, 1961, 101.

⁵⁰ *Rec.*, 1961, pp. 151-152.

⁵¹ « que, pour admettre que plusieurs sociétés distinctes puissent constituer une entreprise unique au sens de l'article 80 du traité il serait nécessaire que le traité contienne une disposition explicite dans ce sens » ; *ibid.*

⁵² « qu'à défaut d'une telle disposition on ne saurait présumer que deux sociétés séparées et distinctes puissent constituer une entreprise unique au sens du traité, et ce d'autant moins qu'elles ont des personnalités juridiques distinctes au regard de leur droit national ; que, d'autre part, si la thèse contraire était acceptée, l'identification des entreprises visées à l'article 80 serait fréquemment impossible » ; *ibid.* Cf. *infra* p. 246.

en invoquant tantôt leur pluralité de personnes juridiques, tantôt leur unité économique ⁵³.

Une troisième et dernière fois, la Cour a dû répondre aux arguments des groupes de sociétés, ceux-ci essayant à nouveau de faire admettre que l'entreprise constitue dans le Traité CECA une réalité dont le contenu original ne peut pas simplement être réduit par la Cour à la personne de son propriétaire ⁵⁴.

La société Klöckner reprit en les développant les arguments développés lors des précédentes affaires. Elle fit porter le poids principal de son argumentation sur le degré d'intégration du Konzern qu'elle formait avec ses sociétés filiales : participation totale ou presque totale au capital des filiales, unité de direction, imposition unique à la taxe sur le chiffre d'affaires, politique d'investissement entièrement réservée à la société mère, existence d'une « Organschaft » du droit fiscal allemand, présence de contrats de reprise des profits et pertes, de clauses interdisant d'acheter la ferraille à l'extérieur, etc.

Une argumentation plus originale fut présentée par la société Hoesch. Cette société admettait bien que, d'après la jurisprudence de la Cour, seule une personne morale puisse être une entreprise. Toutefois soutenait-elle, cette entreprise qui n'est donc pas le Konzern, privé de la personnalité morale, est la *société mère*. Seule la société mère exerce une activité productrice, c'est-à-dire les fonctions de l'entreprise qui se caractérisent par la volonté déterminante, le pouvoir, le fait d'assurer *l'intégralité du risque économique* ⁵⁵. Dès lors la notion de *propriété* ne suffit pas à définir les ressources propres de l'entreprise. La *ratio legis* de l'exemption des ressources propres est qu'une entreprise dans son activité de production peut à nouveau utiliser la ferraille dans le cycle de production. Or ce n'est pas la propriété individuelle qui est le moteur de tout ce processus mais bien le

⁵³ « que, si les intéressés choisissent expressément, pour se grouper, une forme légale déterminée dont ils escomptent certains avantages, ils sont mal fondés à exiger que cette forme juridique ne soit pas prise en considération chaque fois que son application est susceptible de leur causer des inconvénients » ; *ibid.* Un tel argument présente quelque analogie avec le principe de l'estoppel. Cf. aussi *infra* p. 99 un argument de même nature invoqué dans un autre contexte.

⁵⁴ C.J.C.E., Arrêt *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 17 et 20/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, 615 ; Arrêt *Mannesmann AG c/ Haute Autorité, soutenue par Phoenix-Rheinrohr AG*, aff. 19/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, 675.

⁵⁵ *Rec.*, 1962, 629. Sur la prise en charge des risques financiers comme critère d'indépendance dans le cadre de l'application de l'art. 85 CEE aux contrats de représentation exclusive, v. la communication de la Commission du 24 décembre 1962, J.O.C.E., 1962, 2921 et *infra*, pp. 70-72.

pouvoir de décision du Konzern, « expression d'une volonté collective concentrée chez la société mère » ⁵⁶.

La thèse soutenue par la société Hoesch pourrait se révéler décisive dans des situations différentes. On peut songer par exemple à l'application des règles de concurrence pour laquelle des considérations de fait, d'ordre économique, comme le pouvoir effectif d'influencer le marché et d'agir sur la concurrence peuvent jouer un rôle prépondérant.

De tels arguments ne furent pas pris en considération lors de la mise en œuvre du mécanisme de péréquation de la ferraille. Dans un tel contexte, il n'est pas décisif de savoir que, pour tout le groupe, une seule unité de contrôle élabore une politique globale qui est ensuite exécutée par les filiales. En l'espèce, on doit seulement considérer objectivement l'exploitation d'une activité industrielle de production donnant lieu à certaines livraisons entre des acteurs qu'il est nécessaire d'identifier commodément. A cette fin précise, le critère de la personnalité morale est peut-être le seul admissible. Dès lors, le pouvoir de contrôle de la société mère — élément sans doute d'une portée essentielle dans d'autres circonstances — ne peut pas avoir ici pour effet de faire disparaître la personnalité des filiales comme entités comptables en vue du versement d'une contribution. L'avocat général Lagrange observe dans ce sens :

« S'agissant ici de la consommation de ferraille, c'est *l'activité industrielle de production qui est le critère décisif* et non *l'activité financière et administrative exercée par le holding*. La ferraille est donc une « ressource propre » de la filiale, et non de la société mère, et, lorsque cette ressource provient des chutes d'une autre filiale, qui élabore un autre produit, il s'agit bien de ferraille d'achat. » ⁵⁷

L'existence d'autres critères qui permettraient de concevoir éventuellement une notion d'entreprise autonome dans certaines situations paraît plausible à la Cour ⁵⁸. Toutefois dans l'application d'un certain mécanisme financier, la haute juridiction communautaire a été conduite à méconnaître consciemment la réalité économique à laquelle le mécanisme s'appliquait. Pour définir l'entreprise, un critère simple s'est imposé à elle, celui de la personnalité morale qui a pour avantage d'offrir une certaine sécurité. Dans ces diverses affaires, la Cour de Justice a été contrainte à sacrifier le *principe de justice* au profit de celui de la *sécurité juridique* ⁵⁹.

⁵⁶ *Rec.*, 1962, 664-665.

⁵⁷ *Rec.*, 1962, 665.

⁵⁸ Sur ce point, v. *infra* p. 121.

⁵⁹ « 1. Dans l'élaboration des mécanismes financiers qu'elle institue pour sauvegarder l'équilibre du marché, la Haute Autorité a le devoir de tenir compte de la réalité économique à laquelle ces mécanismes doivent s'appliquer, afin que

§ 2. CRITIQUES D'UNE DÉFINITION AMBIVALENTE ET LIMITATIVE DE L'ENTREPRISE.

Dans ses arrêts *Klöckner* et *Mannesmann* du 13 juillet 1962, la Cour de Justice propose ce qui semble constituer une véritable définition de l'entreprise :

« L'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé. » ⁶⁰

A. *Objet de la définition.*

La Cour explique très clairement pourquoi et comment elle en est venue à établir une telle définition. Elle estime que

« la susdite notion d'entreprise, ici appliquée aux fins du mécanisme de péréquation, constitue un critère légalement justifié qui doit servir pour la détermination des sujets auxquels incombent les charges de droit public ; » ⁶¹

C'est devant une tâche difficile que se trouvait la Cour lorsqu'il lui a fallu approfondir la notion d'entreprise. D'une part, elle sentait confusément que l'inclusion dans le traité du terme « entreprise » revêtait une signification particulière. Elle ne pouvait pas ne pas avoir une certaine portée qu'il fallait chercher à traduire sur le plan juridique. D'autre part, seule l'assimilation de l'entreprise à la personne de son propriétaire — soit la négation même de toute notion originale d'entreprise — permettait une application satisfaisante du mécanisme de péréquation, par là même con-

les buts poursuivis puissent être atteints dans les conditions les plus favorables et avec les moindres sacrifices possibles pour les entreprises assujetties ; ce principe de justice doit toutefois être aménagé avec le principe de la sécurité juridique. Ces deux principes doivent être conciliés de manière à entraîner un minimum de sacrifices pour l'ensemble des sujets de la Communauté.

2. En raison du caractère multiforme et changeant de la vie économique, il importe dans l'institution et le fonctionnement des mécanismes financiers tendant à sauvegarder l'équilibre du marché commun d'employer des critères clairs et objectifs applicables à une généralité de cas présentant certaines caractéristiques communes. A cette fin, il n'est pas possible de tenir compte de toutes les différences qui peuvent exister dans l'organisation des unités économiques assujetties à l'action de la Haute Autorité, sous peine d'entraver cette action et de lui faire perdre son efficacité. » *Rec.*, 1962, 619-646 (c'est nous qui soulignons).

⁶⁰ *Rec.*, 1962, 620, 646 ; 705-706.

⁶¹ *Ibid.*, p. 647.

forme aux finalités du traité. En présence de ce dilemme, la Cour choisit la deuxième solution.

En lisant le texte de l'arrêt *Klöckner*, on peut trouver que la Cour est convainquante lorsqu'elle explique pour quelles raisons seul le critère de la personnalité morale permet d'identifier avec précision les entités dont les livraisons de ferraille doivent être prises en considération pour le calcul des contributions. Sans doute doit-on apprécier aussi la prudence avec laquelle la Cour insiste sur le fait que son raisonnement s'applique uniquement à l'application du mécanisme financier et pourrait ne pas être valable dans d'autres circonstances ⁶².

En revanche, il faut regretter que parallèlement la Cour ait prétendu « approfondir la notion d'entreprise » et offert ce que la doctrine a paru considérer comme une véritable définition de l'entreprise. En réalité, *la Cour n'a pas vraiment voulu construire une notion d'entreprise en droit communautaire*. En effet, l'analyse en profondeur tout d'abord du contenu de la définition proposée par la Cour, puis des considérants à l'appui de cette définition ⁶³ révèlent que dans le cheminement de sa pensée, la Cour passe par deux phases d'une importance réelle très inégale. Tout d'abord elle se convainc de la justesse du choix du critère de la personnalité morale pour désigner les auteurs des livraisons de ferraille. C'est sur ce point que porte l'essentiel de son raisonnement. Ensuite, en fonction de ce choix, elle tente subsidiairement d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la notion d'entreprise ⁶⁴. C'est alors presque à contre-cœur que la Cour est bien obligée de définir l'entreprise. On peut regretter qu'elle ait choisi de donner sa première définition de cette notion précisément à une occasion où les circonstances empêchaient l'entreprise de faire son apparition comme concept autonome dans l'ordre communautaire.

B. *Éléments constitutifs de la définition.*

La lecture de la définition donnée par la Cour donne comme première impression celle d'une harmonieuse combinaison d'éléments économiques et d'un élément de technique juridique permettant au droit d'appréhender la réalité de l'entreprise. Cette impression se dissipe aussitôt que l'on décompose cette définition pour mettre en parallèle ses divers éléments

⁶² V. *infra* pp. 119-122.

⁶³ V. *infra* pp. 38-40.

⁶⁴ L'ordre suivi dans le texte de l'arrêt est trompeur car il donne à penser au contraire que la Cour a d'abord cherché sur un plan général quel contenu la notion d'entreprise avait dans le traité pour en induire alors des effets à un cas particulier, l'application d'un mécanisme financier.

constitutifs avec ceux de la notion économique d'entreprise⁶⁵, soit l'activité économique, le patrimoine et le gouvernement.

- i. La Cour paraît également tenir compte de la présence d'une *activité économique*, elle fait allusion dans sa définition à « une organisation unitaire... ... poursuivant d'une façon durable un *but économique déterminé* » ;
- ii. L'existence d'un *patrimoine* est également mentionnée puisqu'il est question « *d'éléments... matériels et immatériels* ».
- iii. Première divergence importante avec la définition économique, la Cour ne fait aucune allusion au *gouvernement* ou à la *direction* de l'entreprise. Est seule indiquée la présence d'« *éléments personnels* » sans que soit précisé si l'on vise par là les exécutants ou les dirigeants qui élaborent la politique de l'entreprise. Il n'est absolument pas mentionné que l'entreprise doit disposer d'une certaine *autonomie* de fait.

La divergence fondamentale avec toute notion d'entreprise reflétant la réalité économique ressort d'une phrase d'apparence anodine mais qui constitue en réalité l'élément fondamental de la définition de la Cour. L'organisation unitaire qui constitue l'entreprise doit être « *rattachée à un sujet juridiquement autonome* ». Cela signifie qu'il n'y a pas d'entreprise là où ne préexiste pas une personne physique ou morale. De cette affirmation on peut déduire qu'en fait la définition vise le *propriétaire de l'entreprise*, car on ne voit pas quel lien de rattachement autre que la *propriété* peut relier l'entreprise et la personne physique du propriétaire, c'est-à-dire l'entrepreneur.

Par ailleurs, à la lecture de sa définition, on ne comprend pas immédiatement si la Cour juge que l'*indépendance juridique*, c'est-à-dire la présence d'un sujet de droit, est seulement une condition *nécessaire* à l'existence d'une entreprise ou s'il s'agit d'une condition *suffisante*. Dans le premier cas, la définition laisse encore espérer pour l'entreprise un certain degré d'autonomie dans le droit. A l'exigence d'indépendance juridique devrait s'ajouter une certaine indépendance économique pour qu'existe une entreprise distincte.

Or, la lecture des considérants de l'arrêt *Klöckner* suivant immédiatement la définition de l'entreprise dissipe cet espoir. On y apprend que l'indépendance juridique est une *condition suffisante*. En effet, pour la Cour

⁶⁵ Ces éléments ont déjà fait l'objet d'un commentaire, v. *supra*, pp. 13-15.

« La création de tout sujet de droit dans le domaine de l'organisation économique entraîne la *constitution d'une entreprise distincte* ; une activité économique ne saurait donc être considérée comme formant une unité sur le plan juridique lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être rattachés séparément à plusieurs sujets de droit distincts. » ⁶⁶

Par conséquent toute autonomie est refusée à l'entreprise et c'est bien à une *identification* de cette notion avec celle de sujet de droit qu'aboutit la définition de la Cour ⁶⁷.

C. Explication de la définition à la lecture du contexte.

Suite à sa définition de l'entreprise, la Cour explique dans son arrêt *Klückner* pourquoi elle voit dans chaque filiale une entité distincte aux fins de l'application du mécanisme de péréquation. Elle constate d'abord que du seul fait de la création d'une personne juridique distincte, le droit reconnaît à celle-ci une autonomie formelle et une responsabilité propre, de telle sorte que l'attribution de la personnalité juridique aux différentes filiales a eu comme but et comme effet l'attribution sur le plan juridique à chacune de celles-ci de la direction et du risque de son activité. Un tel changement dans la situation juridique se produit du seul fait de l'attribution de la personnalité morale, abstraction faite de la permanence de la situation économique existant antérieurement à ce changement. C'est à partir de cette constatation, que la Cour effectue la transition vers l'identification entreprise-sujet de droit. Elle déclare en effet :

« ... Ainsi, sous cet aspect, on ne saurait nier que les conditions pour l'existence d'une entreprise juridiquement autonome sont remplies également dans le cas d'une personne morale dont les intérêts sont étroitement liés à ceux d'autres sujets et dont la volonté est déterminée par des directives provenant de l'extérieur ; »

La Cour ne manque pas cependant d'ajouter que c'est pour déterminer les mouvements de ferraille qui sont soumis à la péréquation, que l'on doit se référer non pas au groupe considéré dans son ensemble, mais à chacune des différentes personnes morales qui constituent, selon elle, les entreprises individuellement déterminées.

En refutant un argument des requérantes, la Cour explique pourquoi une autre approche de la notion d'entreprise, comme celle qui a été envi-

⁶⁶ *Rec.*, 1962, 646.

⁶⁷ Pareille conception constitue la négation même de toute reconnaissance de l'entreprise comme notion originale.

sagée par exemple en droit fiscal, ne peut être retenue dans le cas présent. La différence entre les critères retenus dans les deux situations s'explique :

« en raison du fait que le droit fiscal poursuit exclusivement le but d'assurer des recettes au budget de l'Etat en frappant à cet effet *l'augmentation de richesse* qui est présumée résulter de la circulation des marchandises, alors que le mécanisme de péréquation vise à sauvegarder l'équilibre dans le marché des ferrailles et, qu'à cette fin, il frappe directement *tout passage de ferraille* entre des entreprises différentes, même dans le cas où ce mouvement *ne constitue pas du point de vue économique un véritable transfert de richesse*. » ⁶⁸

D. *Regrets suscités par cette définition de l'entreprise.*

Même ainsi expliquée et placée dans son contexte qui suggère la possibilité d'une évolution ultérieure, la définition de l'entreprise, que la Cour a cru devoir élaborer, suscite certains regrets. Une occasion a ainsi été perdue de construire une véritable notion juridique d'entreprise ⁶⁹. La Cour de Justice n'a pas cherché comment incorporer dans le droit communautaire la notion économique d'entreprise en imaginant à cette fin des modes de rattachement appropriés. Elle a préféré attendre d'autres occasions pour aborder les périls que recèle une telle démarche. En l'état, la Cour a préféré une méthode simple et sûre. Partant de ce qui est connu, c'est-à-dire les sujets de droits selon leur législation interne, elle décrète que toute personne juridique, si elle possède certains biens organisés en vue d'un but économique déterminé, donnera lieu à l'existence d'une entreprise.

Si l'on peut admettre que le *contexte* du mécanisme de péréquation n'était pas favorable à la reconnaissance de l'entreprise par le droit communautaire, l'on n'en doit pas moins regretter l'*ambiguïté* recelée par la définition de la Cour. Son contenu donne peut-être l'impression d'être équilibré et de tenir compte à la fois des facteurs d'ordre économique et d'ordre juridique ⁷⁰. Cette solution apparemment séduisante n'est en réalité pas satisfaisante. On doit en effet choisir entre deux conceptions. Soit, le droit décide de prendre en considération, dans une mesure qui peut varier, les éléments originaux du concept d'entreprise tels qu'ils ont été mis en relief par les économistes. Par là il manifeste sa capacité d'adap-

⁶⁸ *Rec.*, 1962, 647-646 (c'est nous qui soulignons).

⁶⁹ V. Loussouarn et Bredin, p. 233 ; Franceschelli, p. 544.

⁷⁰ J. Schapira, « Concepts économiques et droit européen », *Clunet*, vol. 99, 1972, p. 11, voit dans cette définition la transformation d'un concept initialement économique en un *concept mixte*. L'entreprise serait caractérisée par deux facteurs, l'un économique (l'organisation autonome de production), l'autre juridique (la personnalité morale de son propriétaire). Il nous semble plutôt que la Cour n'en a pas fait un concept vraiment mixte car cela supposerait la reconnaissance véritable de la réalité économique de l'entreprise par le droit.

tation en assimilant les nouveaux concepts auxquels il a eu recours, plutôt que de vouloir les nier en leur refusant tout droit à la vie juridique. On peut parler alors d'une réception ou reconnaissance par le droit de concepts économiques. Soit, au contraire, on juge cette reconnaissance impossible ou prématurée, ce qui peut se concevoir dans le cas précis de l'application du mécanisme de péréquation. Alors, plutôt que d'échafauder une définition ambivalente⁷¹ et équivoque, il aurait peut-être été préférable d'expliquer clairement que dans le cas particulier, le droit communautaire n'était pas en mesure de reconnaître l'entreprise comme notion autonome. Il n'était alors pas nécessaire de vouloir chercher à définir l'entreprise. N'apparaît-il pas à certains égards superflu, voire trompeur, pour le juriste de proposer pour un concept une définition qui, au-delà des mots utilisés, ne contient qu'une seule constatation vraiment essentielle, celle que le dit concept ne signifie rien de particulier⁷² en droit et qu'on doit donc pratiquement l'identifier à un autre concept qui, lui, est déjà connu.

⁷¹ Harms, *Konzerne*, p. 99, a mis en relief la contradiction interne contenue par cette définition. Il estime qu'il faut trancher et se décider soit pour une notion tenant compte de la réalité économique, soit pour une notion assimilant entreprise à sujet de droit.

V. aussi les critiques de P. Gori, « I 'Konzerne' ed il sistema di perequazione del rottame », *Il Foro Padano*, 1963, Parte quinta, p. 9.

⁷² Les autres éléments constitutifs de la définition de l'entreprise ne permettent pas à eux seuls de détacher vraiment l'entreprise du sujet de droit-propriétaire, si ce n'est d'une manière théorique et académique. En pratique, très rares seront en effet les sujets de droit qui pourraient éventuellement être visés par le Traité CEEA en raison de leur domaine d'activité, et ne pas être considérés comme des « entreprises ». Dans la plupart des cas, de tels sujets poursuivent un *but économique* et ne peuvent le faire sans disposer d'une certaine *organisation*.

CHAPITRE II

LA NOTION D'ENTREPRISE ET LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE CONCURRENCE DU TRAITÉ CEE (1962-1968)

§ 1. L'ENTREPRISE ET L'APPLICATION DES ARTICLES 85 ET 86 CEE ¹.

A. *L'entreprise et les conditions d'application des articles 85 et 86.*

I. *Article 85.*

Dans l'interprétation de l'article 85 ², on admet que trois conditions principales doivent être remplies pour qu'un accord ou une pratique concertée entre entreprises soit en principe soumis à cette disposition ³.

¹ Pour ne pas alourdir l'exposé, on se limitera à l'analyse des seuls textes et notions juridiques directement utiles à la compréhension du sujet traité. Il n'est dès lors pas question d'aborder les principes généraux de mise en œuvre du droit européen de la concurrence qui sont supposés connus. A ce propos, on peut renvoyer le lecteur aux manuels suivants : A. Braun, A. Gleiss, M. Hirsch, *Droit des ententes de la Communauté économique européenne*. Bruxelles/Paris, Larcier/Dalloz, 1967, 446 p. (ci-après Braun et alii) ; N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, 663 p. ; A. Deringer et alii, « Les règles de la concurrence au sein de la C.E.E. », *Rev. M.C.*, dès 1962, p. 486. Le texte original a paru in *W.u.W* dès 1962, p. 789. V. aussi du même auteur : *The Competition Law of the European Economic Community*. New York, CCH, 1968, p. 5 et ss.

W.J. Ganshof Van der Meersch et alii, *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*. Bruxelles, Larcier, 1969, 1193 p. (ci-après Ganshof Van der Meersch) ; R. Franceschelli, R. Plaisant et J. Lassier, *Droit européen de la concurrence, Article 85 à 89 du Traité C.E.E.* Paris, Delmas, 1966, 452 p. (ci-après Franceschelli et alii, *Droit européen de la concurrence*) ; B. Goldman, *Droit commercial européen*. Paris, Dalloz, 2^e éd., 1971, pp. 233-441 (ci-après Goldman, *Droit commercial européen*) ; J. Mégret et alii, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*. Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, vol. 4, Concurrence, par Michel Waelbroeck, 1972, 423 p. ; W. Van Gerven, *Principes du droit des ententes de la C.E.E.* Bruxelles, Bruylant, 1966, 369 p. ; J. Van Damme, « La mise en œuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome »,

1^{re} condition : Accord entre entreprises : Sommes-nous en présence d'un accord entre « entreprises », d'une décision d'association d'« entreprises » ou d'une pratique concertée ?⁴

Cah. dr. eur., n° 2, 1966, à n° 1, 1967 ; E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner, R. Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag*. Berlin/Frankfurt a.M., Vahlen, 1960, 954 p.

² Texte de l'article 85 :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

— à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

³ V. C.J.C.E. - Arrêt *Société Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, aff. 56/65, 30 juin 1966, *Rec.*, 1966, 337, 345, et *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la C.E.E.*, aff. 32/65, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 563, 607-608. Dans ces deux importants arrêts, la Cour de Justice a tenu à examiner successivement les trois critères ou conditions d'application de l'art. 85. Elle a depuis lors généralement suivi cette pratique.

⁴ L'art. 85 par. 1 ne répète pas « pratiques concertées entre entreprises » mais l'opinion dominante estime que l'expression « entre entreprises » qualifie également le terme « pratique concertée ». Dans ce sens, J.B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes*. Paris, Librairies Techniques, 1964, p. 59 ; Franceschelli et alii, *Droit européen de la concurrence*, p. 22 ; Catalano, p. 414 ; Braun et alii, p. 59 ; Deringer, *Rev. M.C.*, 1963, p. 40. *Contra* F.A. Mann, « The Dyestuffs Case in the Court of Justice », *Int'l and Comp. L. Q.*, vol. 22, 1973, p. 49.

2^{me} condition : Restriction de la concurrence. Cet accord, décision ou pratique a-t-il pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ?

3^{me} condition : Aptitude à effectuer le commerce intra-communautaire. Est-il susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres ?

Si une réponse positive est donnée à ces trois questions, l'accord ⁵ sera en principe interdit et nul de plein droit, à moins bien entendu que l'interdiction prévue par l'article 85 par. 1 ne soit pas applicable pour divers motifs particuliers. Il en ira ainsi notamment si l'accord bénéficie d'une dérogation individuelle ⁶ ou catégorielle ⁷ à l'application de l'article 85 étant donné que les conditions positives et négatives de l'article 85 par. 3 sont remplies ; s'il s'agit d'un accord d'importance mineure ⁸, ou si la Commission a constaté par l'octroi d'une « attestation négative » ⁹ aux entreprises concernées, qu'elle n'avait pas lieu d'intervenir à l'égard de l'accord en fonction des éléments dont elle avait connaissance.

II. Article 86.

Comme pour l'article 85, on peut exprimer le problème des conditions d'application de l'article 86 ¹⁰ sous forme de questions. Si les réponses aux

⁵ Lorsque cela ne porte pas à conséquence, le seul terme d'« accord » sera utilisé sans chaque fois répéter les expressions « décision d'association d'entreprises » et « pratiques concertées ».

⁶ Suite à une notification auprès de la Commission conformément à l'article 4 par. 1 du règlement n° 17, l'accord pourra bénéficier d'une « déclaration d'inapplicabilité du paragraphe 1^{er} ».

⁷ S'il entre dans l'une ou l'autre des catégories d'accords automatiquement exemptés et dispensés de notification ; catégories qui ont été définies dans divers règlements que la Commission a été habilitée à promulguer suite au règlement n° 19/65 du Conseil du 2 mars 1965, *J.O.C.E.*, n° 36 du 6 mars 1965, p. 533.

⁸ V. Communication concernant les accords d'importance mineure, *J.O.C.E.*, n° C 64 du 2 juin 1970, p. 1.

⁹ Article 2 du règlement n° 17.

¹⁰ Texte de l'article 86 : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

quatre questions suivantes sont positives, alors cette disposition devrait en principe être mise en œuvre ¹¹.

1^{re} condition : Présence d'une ou plusieurs entreprises. Sommes-nous en présence d'une ou de plusieurs « entreprises » ?

2^{me} condition : Détention d'une position dominante. Détien(nen)t-elle(s) sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci une position dominante ?

3^{me} condition : Exploitation abusive. Peut-on estimer qu'elle est exploitée de façon abusive ?

4^{me} condition : Affectation du commerce intra-communautaire. Le commerce entre Etats membres est-il susceptible d'être affecté ?

La première condition d'application des deux dispositions fondamentales du droit européen de la concurrence fait référence au terme « entreprise » pour qualifier l'auteur d'un certain comportement qui pourra éventuellement être jugé répréhensible si les autres conditions d'application des articles 85 ou 86 sont remplies. L'entreprise apparaît au centre du mécanisme d'application de la règle de concurrence à un double titre. D'une part, celui d'*acteur* et auteur, c'est-à-dire de sujet actif du droit de la concurrence et, d'autre part, de *destinataire*, soit de sujet passif des articles 85 et 86.

Cette première condition d'application constitue le lien de convergence et de rencontre des deux domaines desquels la présente étude participe, c'est-à-dire le statut de l'entreprise et le droit de la concurrence. Pour pouvoir répondre valablement à l'interrogation contenue dans cette première condition, on doit déterminer ce que le droit européen de la concurrence entend par « entreprise ».

B. *Identité des notions d'entreprise dans les articles 85 et 86 : dimension du problème.*

Les articles 85 et 86 ayant tous deux recours au terme « entreprise », la question se pose de savoir s'il s'agit de la même notion dans les deux dispositions. La doctrine répond affirmativement à cette question sans chercher le plus souvent à l'approfondir ¹². Pour bien comprendre la véri-

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

¹¹ La Commission a examiné dans cet ordre ces quatre conditions dans sa décision *Continental Can* du 9 décembre 1971, *J.O.C.E.*, n° L 7/25 du 8 janvier 1972.

table dimension du problème de la notion d'entreprise, on peut essayer d'en distinguer deux aspects qui correspondent à deux niveaux de sa prise de conscience. Certes, il faut viser en définitive à construire une notion unitaire mais dans un but didactique, il n'est pas inutile de détailler deux phases de l'analyse qui seront par la suite souvent confondues. On verra ainsi que le contenu de l'entreprise n'est pas forcément le même aux divers stades de sa prise en considération.

I. *La notion d'entreprise au premier degré ou dans une perspective statique.*

On peut envisager tout d'abord la notion d'entreprise d'un point de vue statique, c'est-à-dire dans sa qualité de sujet éventuel de la règle de concurrence avant que celle-ci ne soit véritablement mise en œuvre. C'est dans cette perspective que les commentateurs envisagent en général la notion d'entreprise lorsqu'ils s'interrogent sur son contenu. On se demandera alors s'il s'agit d'une même notion dans le Traité CECA et le Traité CEE. *A priori*, une telle analyse débouche sur un point de vue traditionnel. En tant que sujet probable et non effectif de la règle de concurrence, aucune des questions que posent la qualification et la définition de l'entreprise ne risque de remettre en cause le principe de l'identification rigide avec le sujet de droit qui en est propriétaire. L'examen portera sur des éléments qualificatifs qui, d'un point de vue relatif, apparaissent « *secondaires* ». La question fondamentale du rejet ou de la reconnaissance par le droit européen de la concurrence de l'entreprise en tant que réalité économique et sociologique originale n'est pas soulevée. L'accent sera mis sur le fait que le sujet de droit, sans la présence duquel il n'est pas d'« entreprise », peut avoir une forme juridique quelconque, que le droit privé comme le droit public doit être admis comme cadre de référence, que ce sujet de droit peut consister dans une personne physique ou morale, que le domaine de son activité économique doit être conçu dans un sens large, etc.

A ce niveau-là, la nature profonde de l'entreprise n'est pas saisie. Cette approche de l'entreprise « *au premier degré* » envisage isolément cette notion, souvent avec une idée préconçue de son contenu. Peut-être sous l'influence du sort qui a pu lui être fait dans un contexte tout à fait différent. Une telle démarche tendra à conclure catégoriquement à l'identité de la notion d'entreprise dans les articles 85 et 86.

¹² V. J.P. Dubois, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la C.E.E.* Paris, Librairies Techniques, 1968, p. 174 ; Goldman, *Droit commercial européen*, p. 342 n° 308 ; Braun et alii, p. 171 ; N. Nymphius, *Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmen nach Artikel 86 EWG-Vertrag*, Diss., Freiburg, 1963, pp. 156-175. Cf. aussi *infra* pp. 233-235.

II. La notion d'entreprise au second degré ou dans une perspective dynamique.

Dès que l'on considère l'entreprise dans une *perspective dynamique*, c'est-à-dire dans le mouvement suscité par la mise en œuvre effective des dispositions qui l'ont choisie pour destinataire, alors sa définition fait aussitôt apparaître nombre de problèmes dont la première démarche ne pouvait permettre la mise à jour. Ces problèmes vont opérer en tant que révélateur et faire apparaître une notion nouvelle d'entreprise. Une analyse de cette notion ainsi considérée « au second degré » ne va peut-être pas non plus faire déboucher sur une notion qui serait différente selon les articles 85 et 86. Un tel résultat ne serait d'ailleurs ni souhaitable ni même peut-être admissible. Il faut en effet songer à l'unité qui doit être propre à toute définition d'un terme identique. Cela est vrai de deux dispositions placées dans un même traité et surtout appartenant à des règles de concurrence dont la même finalité générale postule une interprétation cohérente et homogène.

En revanche, on observe que l'analyse en profondeur sur le double plan temporel et spatial ¹³ de l'évolution de la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 passe par des cheminements différents imposés par le contenu et la finalité particulière de chacune de ces deux dispositions.

Dans la mise en œuvre de l'article 85, la définition du terme « entreprise » ne peut pas se concevoir isolément. Il faut d'abord la relier à l'instrument de réalisation de l'entente, soit l'accord ou la pratique concertée. Or l'exigence d'une pluralité d'entreprises, pierre de touche dans l'application de l'article 85, n'appelle peut-être pas à première vue la même notion d'entreprise selon que l'on envisage l'*accord* ou la *pratique concertée* entre entreprises. En outre, il n'apparaît pas possible d'analyser séparément et isolément les trois conditions d'application de l'article 85. Conçue à des fins didactiques, la fragmentation en trois conditions d'application n'empêche pas l'article 85 de former un tout et chacune de ces conditions d'influer l'une sur l'autre. La notion d'entreprise va apparaître ainsi tributaire de la notion de la *concurrence* dont la restriction doit être prise en considération dans la mise en œuvre de l'article 85 ¹⁴.

L'article 86 donne à l'observateur superficiel l'impression de ne pas susciter de difficultés à propos de la définition de l'entreprise. Cette définition ne pose pas en effet le redoutable problème de l'unité ou de la pluralité de l'entreprise, puisque la position dominante, contrairement à l'accord visé par l'article 85, peut être le fait d'une ou de plusieurs entreprises.

¹³ Cf. *infra* pp. 50-51.

¹⁴ Cf. *infra* pp. 73-74.

En réalité, la jurisprudence a montré que la notion d'entreprise se trouve bien aussi au centre de la mise en œuvre de l'article 86, lorsqu'il est appliqué à des groupes de sociétés, dont ce n'est pas le même membre qui détient la position dominante et qui a un comportement jugé abusif ¹⁵.

C. *Matériaux et moyens à disposition pour interpréter la notion d'entreprise.*

Le texte du Traité ne définit nulle part ce qu'il entend par entreprise. Ce terme y apparaît d'ailleurs beaucoup moins fréquemment que dans le Traité CECA. Le Traité de Rome ne l'utilise pratiquement que dans ses *règles sur la concurrence* aux articles 85, 86 et 90. En outre, à l'article 52, consacré à la liberté d'établissement, on note une allusion à

« ... la création et à la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2... »

Contrairement au Traité de Paris, le Traité de Rome ne prévoit pas de garantie juridictionnelle pour les entreprises (cf. articles 33 à 36 CECA) mais pour les personnes physiques ou morales (articles 173 et 175 CEE).

Un texte réglementaire offre une définition, non pas de l'entreprise au sens du Traité CEE, mais de la notion particulière d'entreprise produisant du sucre. Pour la fixation des quotas de base dans le secteur du sucre en vue d'assurer une application uniforme de divers règlements, la Commission a promulgué un règlement qui dispose :

« Au sens du règlement n° 1009/67/C.E.E., on entend par entreprise produisant du sucre une organisation économique unique possédant une forme juridique propre et exploitant sous sa propre responsabilité une ou plusieurs sucreries. » ¹⁶

Cette définition paraît reprendre les traits essentiels de celle élaborée par la Cour de Justice à propos des affaires sur la péréquation de la ferraille ¹⁷. Il s'agit d'ailleurs également ici de l'application d'un mécanisme financier. A l'analogie des problèmes à résoudre dans les deux situations devait donc correspondre un critère de même nature pour définir l'entreprise.

En l'absence de précision sur le contenu de la notion d'entreprise dans le texte même du traité, on doit alors examiner si des indications peuvent être fournies par d'autres sources.

¹⁵ Cf. *infra* pp. 105 ss.

¹⁶ J.O.C.E., n° L 226/17 du 14 septembre 1968.

¹⁷ V. *supra* pp. 30 ss.

I. *Traité CECA.*

Ce traité, qui poursuit dans un domaine limité un but analogue à celui instituant la CEE, devrait être pris en considération d'autant plus qu'une même Cour de Justice veille, à Luxembourg, sur l'application de l'ensemble du droit communautaire¹⁸. Toutefois, on a vu que la définition de l'entreprise, à laquelle a donné lieu l'application du Traité CECA en matière de péréquation de la ferraille, concernait un domaine très particulier et n'était pas forcément valable à l'égard d'un autre traité, surtout pour un domaine aussi différent que celui des règles de concurrence.

II. *Travaux préparatoires du Traité CEE.*

Leur étude n'apporte pas de lumière à l'interprète de la notion d'entreprise¹⁹. Elle révèle seulement qu'un instant on avait songé à ne pas faire allusion aux « entreprises » comme sujet des règles de concurrence. Lors des discussions qui conduisirent finalement à la rédaction de l'article 85 CEE, il avait en effet été proposé, le 4 septembre 1956, le texte d'un article dont le premier alinéa aurait été ainsi conçu :

« Sont incompatibles avec le marché commun toutes les situations ou pratiques d'ententes ou de monopole ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver l'exercice de la concurrence, en particulier... »²⁰

III. *Jurisprudence.*

La jurisprudence concernant la mise en œuvre de l'article 85 et récemment de l'article 86 a déjà contribué à éclairer de nombreux problèmes d'interprétation et à préciser plusieurs concepts du droit de la concurrence. Cette jurisprudence se révèle cependant d'une singulière pauvreté en ce qui concerne l'entreprise. La Commission et la Cour de Justice se sont contentées à ce jour de faire référence à la définition de l'entreprise proposée

¹⁸ Cf. *supra* p. 15.

¹⁹ Cf. W.C. Schlieders, Rapport au Colloque de Paris sur « Coopérations, concentrations, fusions d'entreprises dans la C.E.E. », *Rev. M.C.*, 1968, p. 216 : « Il ne faut donc pas s'attendre à ce que la Cour de Justice des Communautés puisse tirer de la genèse du traité quelques conclusions quant à l'interprétation des articles 85 et 86. »

²⁰ Doc. MAE 233/56 (Art. X+2, § 1 al. 1). Pour un commentaire du Rapport Spaak (Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, Rapport des Chefs de délégation aux Ministres des Affaires étrangères, Doc. MAE 120 F/56), v. J.A. Ellis, « Source Material for Article 85 (1) of the E.E.C. Treaty », *Fordham Law Review*, vol. 32, 1963-1964 ; pp. 247-278. Cet article, traduit et condensé, est reproduit in *D. ch.*, 1963, p. 35.

par la Cour lors des affaires de la péréquation de la ferraille²¹. L'élaboration d'une notion communautaire d'entreprise aux fins de l'application des règles de concurrence constitue donc toujours l'une des tâches qui attend les organes de la Communauté.

IV. *Doctrine.*

En revanche, nombreux sont les auteurs qui se sont prononcés dès l'entrée en vigueur du Traité de Rome sur le sens du terme « entreprise » dans l'application des règles de concurrence. L'étude des diverses prises de position à ce sujet se révèle donc très enrichissante, même s'il est très difficile de dégager une communauté d'opinions.

Des diverses sources d'interprétation envisagées, aucune ne permet à elle seule de répondre encore à la question de la nature juridique de l'entreprise telle qu'elle est saisie par le droit européen de la concurrence. Elles ne constituent chacune d'elles qu'un élément important dont il faut tenir compte pour décrire et peut-être prévoir l'évolution de la notion d'entreprise.

D. *Les qualités nécessaires à la présence d'une « entreprise ».*

Cette évolution doit être envisagée parallèlement sur le double plan temporel et spatial. Le *plan temporel*²² permet de décrire la marche de l'entreprise vers une vie juridique en la saisissant à travers divers stades ou étapes de sa progression. Sur le *plan spatial*²³, il s'agit, en observant

²¹ V. *infra* p. 75.

²² Il a déjà été évoqué dans l'introduction à la présente étude. V. *supra* pp. 5 ss.

²³ Le terme « spatial » vise ici l'espace économique au sens le plus large sur lequel évolue un certain nombre d'opérateurs. Le droit européen de la concurrence ne reconnaît qu'une partie de ces opérateurs en tant que ses sujets. Pour l'instant, il en exclut encore certains pour des raisons tenant à la notion même d'« entreprise » au sens des articles 85 et 86 (par ex. succursale, département, etc.). C'est cette forme d'exclusion du domaine des « entreprises » visées par la règle de concurrence communautaire qui nous intéresse.

En revanche, il ne sera pas question ici des motifs d'exclusion qui pourraient tenir à la nationalité et à la localisation tant des entreprises que des effets anti-concurrentiels émanant de leur pratique. Sur cette question qui se rattache au vaste problème de l'application extraterritoriale des règles du droit antitrust, on pourra se rapporter notamment aux ouvrages suivants :

Pour le droit communautaire : P. Eeckmann, « L'application de l'art. 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché Commun », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965 ; pp. 499-528 ; H. McCoy, « The United States Parent Corporation — European Subsidiary Relationship under the European Antitrust Regulation », *Va. J. Int'l L.*, vol. 3, 1963 ; pp. 46-67 ; G. Nebolsine, « Foreign Enterprise under the Common Market Antitrust Rules », *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 38, 1963 ; pp. 479-495.

toutes les entités apparemment autonomes qui évoluent dans la vie économique, plus concrètement sur un marché, de discerner lesquelles vont être considérées comme des « entreprises » par l'interprète des articles 85 et 86. Pour évaluer l'ampleur et le contenu du faisceau d'opérateurs économiques constituant des « entreprises », on doit envisager un *mode de qualification juridique*. Parmi les opérateurs, certains ont droit au qualificatif d'« entreprise » au sens des articles 85 et 86. D'autres par contre ne possèdent pas les qualités nécessaires à cet effet.

L'étude des diverses qualités qu'exige d'une entité économique la jurisprudence ainsi que la doctrine dominante pour que cette entité constitue une « entreprise » permet d'évaluer à quel stade l'on se trouve dans le processus de reconnaissance de l'entreprise par le droit.

Si les qualités exigées correspondent à des critères originaux, on pourra peut-être remarquer alors une certaine convergence entre d'une part les critères de qualification de ses sujets par le droit de la concurrence, et d'autre part, les critères mis en évidence par les économistes pour définir l'entreprise. Une telle *convergence*²⁴ de la définition juridique de l'entreprise avec la définition économique montrerait ainsi que l'entreprise est prise en considération pour elle-même en tant que nouvelle catégorie juridique.

En revanche, si le droit de la concurrence fait appel à des critères juridiques traditionnels pour « reconnaître » une « entreprise » et qu'il tend à identifier « entreprise » à « sujet de droit », alors on doit admettre que l'entreprise n'est pas reconnue pour elle-même par le droit mais bien qu'elle demeure cachée par la propriété.

En vue de cette analyse, on passera en revue, au cours des trois prochains paragraphes, trois qualités ou conditions pouvant éventuellement être considérées comme nécessaires à la présence d'une entreprise. Il s'agit de l'exploitation d'une activité économique, du rattachement à un sujet de droit et de l'autonomie de fait de l'entreprise. Selon l'importance attribuée jusqu'en 1968 par la pratique communautaire et la doctrine à chacun de ces divers facteurs, on pourra tenter de définir la place faite à l'entreprise au cours de cette première phase d'élaboration du droit européen de la concurrence.

Pour le droit allemand : H. Würdinger, « Räumlicher Geltungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen », *W.u.W.*, 1956, 775-784.

Sur ce problème en général, v. International Law Association, *Report of the fifty-first Conference*, Tokyo, 1964, « Extra-Territorial Application of Restrictive Trade Legislation », pp. 304-592.

Cf. aussi *infra* p. 126 la référence à l'Arrêt *Geigy*.

²⁴ V. R. Patry, « L'évolution de la notion juridique de l'entreprise commerciale », in *Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis*. Tome I, Athènes, 1972, p. 169.

§ 2. L'EXPLOITATION D'UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE.

Il est un élément constitutif qui existe dans toute notion d'entreprise, c'est l'*activité économique* exercée ou exploitée par l'entreprise. Cet élément se trouve à la base même de la notion. On le retrouve évidemment dans les diverses définitions proposée par les économistes²⁵. Mais les juristes aussi, même lorsqu'ils refusent en fait de reconnaître l'entreprise en tant que notion autonome, font de l'activité économique un critère de l'entreprise. Pour eux, l'exercice d'une activité économique par un sujet de droit préexistant révélera la présence d'une entreprise.

Dans une branche juridique comme le droit européen de la concurrence qui a pour objet de protéger la liberté des échanges économiques et de la concurrence dans le marché commun, le rôle du critère de l'activité économique²⁶ est évident. On relève d'ailleurs que dans la seule définition originale de l'entreprise au sens des articles 85 et 86 jamais proposée par une instance officielle — tant nationale que communautaire — celle du Bundeskartellamt allemand, l'activité économique exercée de façon autonome apparaît comme un trait essentiel de l'entreprise :

« Selon l'usage général de la langue, on entend par « entreprise » toute activité autonome de personnes orientées vers un but et d'un effet durable. Etant donné que le traité de la C.E.E. a pour objet l'échange économique entre les Etats membres et que les prescriptions doivent protéger cet échange économique contre les limitations de la concurrence, toute activité qui a pour but l'échange de biens économiques (objets et prestations) et qui ne se limite pas à satisfaire individuellement les besoins personnels, peut être considérée comme entreprise dans le sens de ces prescriptions. Par conséquent, on entend par « entreprise », sans tenir compte de la forme juridique, ni de l'intention de réaliser un bénéfice, toute activité autonome, non strictement privée et se situant en dehors de la vie matérielle. »²⁷

²⁵ V. *supra* pp. 13-14.

²⁶ En droit de la concurrence, on insistera par contre beaucoup moins sur d'autres critères et éléments constitutifs tels que le patrimoine de l'entreprise ou la communauté de travail formée par le personnel. Ces éléments ne sont évidemment pas contestés, mais demeurent sous-jacents, repoussés au second plan par la finalité propre des règles de concurrence. V. *infra* pp. 208-211.

²⁷ B.Kart.A., *Rapport d'activité pour 1961*. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, 1962. Drucksache IV/378, p. 61 (c'est nous qui soulignons). Extrait traduit par A. Deringer, « Les règles de la concurrence au sein de la C.E.E. », *Rev. M.C.*, 1962, p. 492.

V. aussi en faveur de cette conception J. Thiesing, contribution in H. von der Groeben *Kommentar zum EWG-Vertrag*. Baden-Baden, Lutzger, 1958, Band I, p. 278. Cf. en outre J. von Gierke, « Das Handelsunternehmen », *Zeitschrift für*

A. Conception large de l'activité économique.

Vu les objectifs généraux du traité²⁸, la notion de l'activité économique exploitée par l'entreprise doit être conçue dans un sens large. Il ne s'agit pas nécessairement d'une activité *industrielle ou commerciale*²⁹ au sens strict. L'entreprise peut non seulement exercer une activité que la tradition juridique française définit comme *civile*, par exemple la production agricole ou l'exploitation d'une mine, mais elle peut aussi accomplir un service public ou exister comme une entreprise nationalisée³⁰.

En droit de la concurrence, on ne peut accepter la conception limitative de l'entreprise propre à la doctrine économique libérale qui précise que l'activité économique doit être conduite en vue d'un *revenu régulier*. Ce critère qui apparaît dans certaines législations commerciales³¹ est envisagé comme synonyme de *bénéfice* dans la doctrine commerciale française ou allemande. Ainsi conçue, l'entreprise de nature exclusivement commerciale apparaît comme le moyen pour celui qui en est le propriétaire de tirer de son activité économique un certain *profit* ou *bénéfice*, ainsi cette activité devrait être *lucrative*³².

Toute règle juridique, qui comme les articles 85 et 86 s'adresse à l'ensemble des opérateurs économiques, ne peut admettre une telle limitation de la notion d'entreprise³³. En effet, ce terme doit pouvoir viser des activités économiques qui, dans les secteurs publics et privés, sont exercées souvent sans but lucratif.

Le Traité de Rome a expressément prévu que les entreprises soumises aux règles de concurrence ne sont pas seulement celles qui relèvent du

das gesamte Handels- und Konkursrecht, 1946, pp. 11 ss ; J.B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économiques*. Paris, Librairies Techniques, 1964, p. 62 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*. Paris, Sirey, 1967, p. 102.

²⁸ Braun, p. 51 ; Deringer, p. 492.

²⁹ L'emploi du mot « commerce » dans l'une des conditions d'application des articles 85 et 86 (affectation du *commerce* intra-communautaire) n'autorise en aucune manière une interprétation restrictive : dans ce contexte, commerce signifie *échange* de caractère économique. Dans ce sens, Goldman, *Droit commercial européen*, p. 217 n° 249.

³⁰ V. Patry, p. 170.

³¹ Ainsi en droit suisse, selon l'article 52 alinéa 3 de l'Ordonnance fédérale sur le registre du commerce : « ... est réputée entreprise... toute activité économique indépendante exercée en vue d'un *revenu régulier*... »

³² V. Patry, pp. 177-178 et G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*. Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1968, p. 134.

³³ Cf. *supra* p. 52 la définition du B.Kart.A.

droit privé mais aussi les *entreprises publiques* ³⁴ et d'autres entreprises liées à l'intérêt général visées par l'article 90 ³⁵.

On n'envisagera pas ici un examen de la notion d'entreprise publique pour elle-même, malgré l'intérêt de ce thème. Celui-ci a déjà été l'objet de plusieurs études notamment dans ses rapports avec les règles de concurrence ³⁶. En outre, si l'on ne peut étudier la notion d'entreprise publique sans tenir compte de ce qui a été dit sur l'entreprise en général ³⁷, la proposition inverse n'est pas forcément exacte. Toutefois lorsque cela s'imposera, certains parallèles entre entreprises privées et publiques seront tentés pour montrer que plusieurs des observations faites à propos des entreprises privées, par exemple en ce qui concerne leur indépendance économique, trouvent leur correspondance dans les entreprises publiques ³⁸.

³⁴ Parmi les principaux types d'entreprises publiques, on peut citer en France les entreprises juridiquement distinctes de l'Etat, mais lui appartenant (Electricité de France, Gaz de France, Houillère, Air France et les banques et compagnies d'assurances nationalisées) mais aussi les entreprises appartenant aux collectivités publiques autres que l'Etat et enfin les Société d'économie mixte (S.N.C.F.). L'autre catégorie visée par l'article 90, c'est-à-dire « les entreprises auxquelles l'Etat accorde des droits spéciaux ou exclusifs » sont principalement celles qui bénéficient d'une concession de services publics ou se sont vu octroyer des permis ou concessions d'exploitation. (V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 269 n° 247.)

En Belgique, l'art. 90 vise notamment les régies communales et provinciales, les régies d'Etat personnalisées, les sociétés de droit public, les coopératives de pouvoir public, les associations intercommunales pures, les organismes publics d'économie mixte. (V. Braun, p. 54.)

³⁵ Texte de l'article 90 CEE :

« 1. Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres. »

³⁶ V. *L'entreprise publique et la concurrence*, Semaine de Bruges 1968, Bruges, De Tempel, 1969, spécialement la définition des entreprises visées par l'article 90 donnée par P.A. Franck, pp. 26-43.

V. aussi R. Joliet, « Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE », *Ann. Fac. Droit de Liège*, vol. 10, 1965 ; pp. 23-92 ; A. Deringer, « The Interpretation of Art. 90(2) of the EEC Treaty », *C.M. L. Rev.*, vol. 2, 1964-65, pp. 129-138 ; L. Solari, *L'impresa pubblica nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*. Milano, Giuffrè, 1965, pp. 17-36.

³⁷ Dans ce sens Joliet, p. 62.

³⁸ Cf. *infra* p. 65 note 91 et pp. 235-236.

B. *Objet de l'activité.*

Le principe fondamental est que le domaine d'application des règles de concurrence est général sous réserve des exceptions ³⁹. Donc toute entreprise se livrant à une activité économique peut être soumise aux articles 85 et 86 quelles que soient les marchandises qu'elle vend ou les services dont elle assure la prestation, à moins qu'il ne s'agisse d'une entreprise spécialement visée par les Traités CECA ⁴⁰ ou CEEA ⁴¹. Il convient également de noter que les entreprises agricoles ⁴² et de transport ⁴³ sont l'objet d'une réglementation particulière en matière de législation sur la concurrence.

L'activité de l'entreprise consiste en la production ou la distribution de biens ou de marchandises mais, pour la doctrine dominante, il peut également s'agir d'une prestation de service. Ce point de vue a été confirmé par la Commission dans sa Décision *GEMA* dans laquelle elle a déclaré :

« En concédant et gérant des droits d'auteur de musique à titre onéreux, elle (la GEMA) exerce une activité d'entreprise consistant en prestations de service à l'égard tant des compositeurs, auteurs et éditeurs que des utilisateurs de musique. » ⁴⁴

On a pu regretter que la Commission ne saisisse pas cette occasion pour approfondir la notion d'activité d'entreprise et notamment le concept

³⁹ Sur l'interprétation plutôt extensive à donner à l'objet de l'entreprise v. Spengler, « Wettbewerbsbeschränkungen im Recht der E.W.G. », in H. Müller-Henneberg et G. Schwartz, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht* (Gemeinschaftskommentar). Köln, Heymanns, 2. Auflage, 1963, p. 1415, Anm. 27.

⁴⁰ V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 456.

⁴¹ V. Braun et alii, *Droit des ententes de la C.E.E.*, p. 38 ; Goldman, *op. cit.*, pp. 239-241.

⁴² V. notamment le règlement du Conseil n° 26 du 4 avril 1962, *J.O.C.E.*, n° 30 du 20.4.1962, « portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles ». V. commentaire de Braun, pp. 356 ss. et Goldman, *op. cit.*, pp. 567-575.

⁴³ V. Règlement du Conseil n° 141 du 26 novembre 1962, *J.O.C.E.*, n° 124 du 28.11.1962, et n° 1017/68, du 19 juillet 1968, *J.O.C.E.*, n° L 175 du 23.7.1968, qui prévoient les conditions particulières de mise en œuvre des règles de concurrence à l'égard des « secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable » ; v. commentaire par Braun, pp. 38 et 370 ss ; Goldman, *op. cit.*, pp. 549-563, et R. Wagenbaur, « Les règles de concurrence applicables aux transports », *Cah. dr. eur.*, vol. 6, 1970 ; pp. 645-662.

⁴⁴ Décision *GEMA* du 2 juin 1971 relative à une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE, *J.O.C.E.*, n° L 134 du 20 janvier 1971, p. 15.

Par ailleurs, la Cour de Justice dans son Arrêt *Société Deutsch-Grammophon Ges. c/ Société METRO-SBe Grossmärkte*, Rec., 1971, 487, n'a pas mis en doute l'applicabilité de l'article 86 à un « fabricant de supports de son, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur ».

de « services » rendus à titre onéreux ⁴⁵. Avant que la Commission ne se prononce à cette occasion sur la prestation de services en tant qu'objet des « entreprises » visées par les articles 85 et 86, une partie de la doctrine avait contesté cet élargissement du domaine des « entreprises ». Ont ainsi été notamment discutés le cas des *assurances* ⁴⁶ et celui des *banques* ⁴⁷.

Le recours à la notion d'entreprise a également été l'objet de discussions à propos des *professions libérales* ⁴⁸. En soi, le fait qu'il s'agisse d'une *personne physique* n'est pas un obstacle à la présence d'une « entreprise » ⁴⁹. En effet, selon son activité ⁵⁰, une personne physique — comme d'ailleurs un groupement de personnes — peut parfaitement constituer une entreprise aux fins de l'application des règles de concurrence ⁵¹. Néanmoins, la majorité des auteurs estime que, agissant isolément, les membres de professions libérales ne sont en principe pas des entreprises ⁵². On peut penser que, dans certaines situations, un membre d'une profession libérale

⁴⁵ V. dans ce sens les critiques de L. Focsaneanu, « Première application de l'article 86 du Traité de Rome par la Commission de la CEE, la décision GEMA du 2 juin 1971 », *Rev. M.C.*, 1971, pp. 483-484.

⁴⁶ On doit admettre que les compagnies d'assurances sont des « entreprises ». Dans l'étude sur « La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du Traité instituant la C.E.E. », C.E.E., Série concurrence, n° 1, Bruxelles, 1966, p. 28, les professeurs allemands consultés, faisant allusion à la possibilité d'une violation de règles de concurrence par une entreprise d'assurances, ont déclaré :

« La Cour fédérale de justice (B.G.H. N.J.W. 1962, p. 196) a statué que, dans un tel cas, une caisse locale de maladies du régime général d'assurances sociales *doit être considérée comme une entreprise* au sens de la loi sur les restrictions à la concurrence. Il n'y a aucune raison d'admettre que ce point de vue ne serait pas applicable à la notion d'entreprise des articles 85 et 86. » (C'est nous qui soulignons.)

⁴⁷ Dans ce sens, Blaise, p. 64, qui exclut de la réglementation sur la concurrence le marché des valeurs mobilières. V. aussi Braun, p. 52, et J.B. Giroday, « The Effect of the European Economic Community on the Banking Business within it », *Bus. Law.*, vol. 18, 1963, p. 1034.

⁴⁸ Pour la solution de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence (G.W.B. 1957), v. Müller-Henneberg et Schwartz, § 1, Anm. 7, pp. 113 ss.

⁴⁹ Sauf s'il s'agit d'un employé ou salarié auquel cas il ne peut être une entreprise puisqu'il est intégré à une entreprise préexistante.

Sur le respect de l'organisation interne de l'entreprise par l'article 85 CEE, v. *infra* pp. 76-78.

⁵⁰ Mais sa seule qualité de consommateur ne suffit évidemment pas à faire d'un particulier une « entreprise ». Joliet, p. 63, constate à ce propos : « Les particuliers qui ne participent à la vie économique que de manière purement passive, en qualité de consommateurs, ne sont pas des entreprises au sens de la législation anticartel allemande et des art. 85 et 86 du Traité de Rome. »

⁵¹ V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 271 n° 249 ; Deringer, p. 493, qui cite expressément comme « entreprise » au sens de l'article 85, « les entreprises dites 'Einmannbetriebe', entreprises ne comportant qu'une seule personne ».

⁵² V. Braun, p. 54 ; Focsaneanu, p. 484 note 4 ; le *rapport cit.* 1961 du B.Kart.A., p. 61 n° 2, *in fine*, n'exclut pas cette hypothèse.

peut, en débordant du cadre habituel de ses activités, exploiter une activité économique et constituer alors une « entreprise » au sens du traité. Deringer⁵³ cite dans ce sens l'exemple du médecin qui exploite une clinique privée⁵⁴ ou de l'architecte dirigeant une entreprise de construction⁵⁵.

§ 3. LE RATTACHEMENT NÉCESSAIRE À UN SUJET DE DROIT PRÉEXISTANT : L'INDÉPENDANCE JURIDIQUE.

A. *Motifs du rattachement à un sujet de droit préexistant.*

Dès le début de la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité CEE, la doctrine puis la jurisprudence ont été tentées d'admettre *a priori* que l'« entreprise » au sens des articles 85 et 86 devait être « rattachée à un sujet juridiquement autonome » selon l'expression de la Cour de Justice à propos du Traité CECA. L'exigence d'un sujet de droit préexistant pour qu'on soit en présence d'une « entreprise » trouve sa source dans des considérations d'ordres différents.

I. *La définition de l'entreprise élaborée par la Cour.*

La communauté d'inspiration qui a présidé à l'élaboration des Traités de Rome et de Paris, l'existence d'organes communs et notamment d'une même Cour de Justice, enfin la perspective d'une unification des traités par la fusion complète des trois Communautés⁵⁶ expliquent pour une large part que la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 CEE n'ait pas pu être construite sans être marquée profondément par les discussions devant la Cour de Justice qui aboutirent à une définition de l'entreprise au sens du Traité CECA en vue de l'application d'un mécanisme de péréquation de la ferraille. Le rapprochement entre les deux notions a été expressément effectué — en termes prudents il est vrai — lors des arrêts fondamentaux rendus en 1966 par la Cour de Justice à propos de l'application de l'article 85 aux contrats de concession exclusive.

⁵³ *Rev. M.C.*, 1963, p. 37, note 24.

⁵⁴ V. en droit américain les arrêts *United States v. American Medical Association*, 110 F 2d 703 C C Cir. (1940), et *United States v. Oregon State Medical Society*, 343 U.S. 326 (1952), cités par O. Gandenberger, *Was ist ein Unternehmen*. Heidelberg, Quelle & Meyer, 1963, p. 148.

⁵⁵ Pour autant qu'ils soient examinés avec prudence, les critères dégagés par les législations et jurisprudences nationales pour réglementer l'obligation d'inscription au registre du commerce pourraient peut-être donner des indications intéressantes pour permettre dans certains cas limites de déterminer si l'on est en présence d'« entreprises ».

⁵⁶ V. *supra* p. 16.

« Pour ce qui est de la notion d'entreprise, les définitions élaborées dans le droit C.E.C.A. et le droit national en matière d'ententes peuvent nous aider. Ainsi, indépendamment de la forme juridique ou la recherche de bénéfice, *les entreprises sont des personnes physiques ou morales* qui participent activement et indépendamment à la vie économique et qui ne poursuivent donc pas une activité purement privée. » ⁵⁷

Le principe de l'identification de l'entreprise avec une personne juridique est ici réaffirmé. Les entreprises sont des personnes physiques ou morales d'un certain type. Dans l'arrêt *Grundig*, la Cour, rapportant l'avis de la Commission, ne fait que poser l'hypothèse d'une coïncidence entre les notions d'entreprise et de personne juridique :

« La défendresse observe que, selon la jurisprudence élaborée en fonction du traité C.E.C.A., la notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personne physique ou morale. Cette notion serait également applicable dans le cadre du traité C.E.E. » ⁵⁸

Ces extraits montrent bien que la définition donnée par la Cour dans un contexte bien particulier à propos d'un autre traité constitue sans doute un élément dont on doit tenir compte pour interpréter cette même notion à propos des règles de concurrence du Traité CEE.

II. *La présence de sujets de droit et la notion d'« accord » et de « sanction ».*

Par ailleurs, d'autres arguments tenant ceux-ci au texte même des règles de concurrence peuvent faire penser qu'il faut la présence d'un sujet de droit pour qu'il y ait une « entreprise ». On constate d'abord que sont visés par l'article 85 des « *accords entre entreprises* ». Aussi devrait-on admettre que pour être partie à un accord, il faut être capable de conclure un contrat. Certes, les auteurs de l'article 85 n'auraient pas expressément désigné comme destinataire de cette règle les sujets de droit comme dans certains droits nationaux ⁵⁹. Cependant, le texte de l'article 85 ne pourrait pas se comprendre si l'on ne faisait pas coïncider le terme « entreprise »

⁵⁷ Arrêt *Gouvernement de la République Italienne c/ Conseil et Commission de la C.E.E.*, aff. 32/ 65, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 563, 608 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁸ Arrêt *Grundig*, aff. 56 et 58/64, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 429, 444.

⁵⁹ Certaines législations antitrust visent expressément les personnes physiques et morales. V. par ex. l'art. 1 de la loi belge du 27 mai 1960.

C. del Marmol, *La protection contre les abus de la puissance économique en droit belge*. Liège, 1960, p. 132 : « Toute personne capable d'assurer une obligation juridique ou d'exercer un droit tombe dans le champ d'application de la loi. »

avec celui de sujet de droit et d'obligations. Telle est l'opinion partagée par la majorité de la doctrine⁶⁰. Selon ce point de vue, une simple entité économique sans indépendance juridique ne pourrait être considérée comme entreprise puisqu'elle ne serait en mesure de contracter qu'au nom d'un sujet de droit dont elle serait dépendante. L'établissement juridiquement dépendant ne peut pas être un sujet de droit. Demogue notait déjà

« qu'on ne peut appeler sujet de droit celui qui use d'un droit au nom d'autrui ; sinon la conception du sujet de droit se perd dans de si vagues généralités, qu'elle devient invisible à la recherche scientifique. »⁶¹

Une autre solution peut-elle être admise ? Il s'agit là d'une question très délicate. Si l'on demeure sur le terrain du droit civil et plus précisément sur celui du droit des obligations, on voit mal comment une entité privée de personnalité juridique peut devenir un sujet de droit et contracter pour elle-même des obligations. Certes dans leur souci de bannir du droit tout ce qui est fiction ou abstraction, les tenants des conceptions défendues en droit français par Léon Duguit peuvent soutenir que si un établissement économique sans personnalité juridique est effectivement doué d'une certaine *volonté propre*⁶², il peut fort bien être partie à un accord éventuellement soumis à l'article 85. En effet, selon cette doctrine qui nie l'utilité de la personnalité morale, il n'est pas nécessaire de relier les droits à des sujets.

Tant que l'on demeure sur le terrain du droit civil, il ne nous paraît pas possible d'admettre pareille construction. Il est vrai qu'il y a toujours en définitive une ou plusieurs personnes physiques qui passent en fait le contrat, chacun s'accorde sur ce point. Mais cette personne peut le passer dans des conditions très diverses, pour elle-même, pour un tiers, une société, etc. Chaque fois qu'elle ne passe pas le contrat pour elle-même, ce n'est pas elle qui est obligée, mais une autre personne juridique qu'il faut

⁶⁰ Dans ce sens Braun, p. 49 ; Deringer, p. 492 ; O.F. von Gamm, *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*. Köln, Heymanns, 1961, p. 23 ; A. Gleiss, M. Hirsch, *EWG-Kartellrecht*. Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2. Auflage, 1965, p. 84.

Même opinion en droit allemand dans le cadre de l'application de l'art. 1^{er} GWB, Müller-Henneberg et Schwartz, p. 109.

⁶¹ R. Demogue, « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 629.

⁶² Autour de la notion de « volonté propre », expression de l'indépendance, se situe le nœud du problème. Mais il faut se demander (v. *infra* p. 205) dans quelle mesure la « volonté propre » est inséparable de la qualité de sujet de droit, comme l'estime la majorité de la doctrine. V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 266 n° 244 : « Qu'elle se réalise par un contrat, par une décision collective ou par des pratiques concertées, l'entente traduit toujours un concours de volontés, or seules les personnes ont une volonté. »

bien pouvoir identifier. Critiquant Duguit sur ce point, Michoud, dans son ouvrage fondamental sur la personnalité morale, note fort justement :

« Comment déterminera-t-on ces personnes sans recourir à l'idée de personnalité et sans déterminer quel est le sujet de droit auquel est imputable le contrat ? » ⁶³

On peut cependant soutenir que le droit de la concurrence possède des finalités et admet des mécanismes d'interprétation qui lui sont propres. Par conséquent, le fait que du point de vue de la théorie des obligations toute partie à un accord doit être un sujet de droit n'entraîne peut-être pas pour conséquence nécessaire l'identification de l'« entreprise » au sens des articles 85 et 86 avec un sujet de droit. L'étude de cette question sera reprise le moment venu ⁶⁴. Pour l'instant, il faut déjà faire observer que si l'article 85 mentionne le cas de l'accord, ce qui signifie bien « contrat » au sens du droit civil ou « convention », il vise également sous le nom de « pratiques concertées » un type de comportement spécifique, très difficile à définir et dont les auteurs pourraient ne pas être forcément des personnes juridiques.

Un autre argument de nature analogue a été invoqué pour justifier l'assimilation entreprise-sujet de droit. C'est la nécessité d'identifier précisément les sujets des *sanctions* éventuelles prévues par les articles 15 et 16 du règlement n° 17 en cas de violation du comportement que les règles de concurrence prescrivent aux entreprises. Les autorités chargées de la mise en œuvre de ces règles doivent être en mesure, le cas échéant, de notifier, puis de faire exécuter une décision, au besoin par la force (exécution forcée). Or l'exécution d'une sanction, telle que la condamnation à une amende ou à une astreinte peut difficilement se concevoir à l'égard d'autres entités que des sujets de droit ⁶⁵. Par ailleurs, seules des personnes juridiques, physiques ou morales, peuvent faire l'objet de poursuites et être soumises à une décision nationale d'exequatur ⁶⁶. Toutes ces observations constituent sans doute des indices qu'à un moment donné, dans le processus de mise en œuvre des articles 85 et 86, doit intervenir une personne juridique traditionnelle pour supporter certains effets de droit en qualité de « responsable » d'un comportement. Toutefois, l'entité dont on

⁶³ Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1^{re} éd., 1906, t. 1, pp. 45 ss., surtout p. 49 ; v. aussi P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*. Thèse, Nancy, 1949, p. 29.

⁶⁴ V. *infra* p. 203.

⁶⁵ Dans ce sens J. Van Damme, « La mise en œuvre des art. 85 et 86 du Traité de Rome », *Cah. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 280.

⁶⁶ J. de Richemont, « La notion d'entreprise dans le droit des Communautés européennes », *Dr. eur.*, vol. 6, 1963, p. 313.

doit tenir compte matériellement pour déterminer ce comportement, c'est-à-dire l'« entreprise », ne coïncide pas nécessairement avec la personne juridique à laquelle seront infligées les sanctions éventuelles⁶⁷.

B. Sujet de droit et personne morale : souplesse dans l'exigence d'un support juridique auquel rattacher l'entreprise.

Les représentants de la doctrine insistent sur le fait que, s'il faut bien qu'un sujet de droit serve de support à l'« entreprise », il n'est pas nécessaire que celui-ci soit expressément doté de la personnalité morale selon sa législation interne nationale.

I. Injustice des critères de la personnalité morale : discrimination à l'égard d'entreprises de pays différents.

L'exigence stricte de la personnalité morale comme critère de la présence d'une « entreprise » pourrait provoquer une certaine forme de discrimination. En effet, certains groupements de personnes, ou même certains types de sociétés, se voient dotés de la personnalité morale dans tel pays, alors même que des entités juridiques présentant pratiquement les mêmes caractéristiques sont privées du statut de personne juridique dans d'autres pays⁶⁸. Il s'agit là évidemment d'une des conséquences de l'absence d'unification des droits civils et commerciaux au sein des divers pays membres⁶⁹.

La « Offene Handels-Gesellschaft » (O.G.H.) du droit allemand correspond approximativement à la société commerciale en nom collectif du droit français⁷⁰. Or les droits allemand, italien⁷¹ et néerlandais⁷² ne dotent pas de la personnalité morale leurs sociétés propres de ce type, alors même que les droits français, belge et luxembourgeois aboutissent à une solution opposée. Le recours au critère de la personnalité morale comme con-

⁶⁷ V. *infra*, pp. 180 ss. et 202 ss.

⁶⁸ V. Van Damme, p. 280 ; L. Willemetz, « L'application de l'art. 86 du traité de la C.E.E. », *Cah. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 588.

⁶⁹ H.D. McMoy, « The United States Parent Corporation — European Subsidiary Relationship under the European Antitrust Regulation », *Va. J. Int'l L.*, vol. 3, 1963, p. 59, note à ce propos : « Thus, the absence of uniform Member State definitions as to business form increases the likelihood of adoption by the Commission and the Court of Justice of the 'economic' concept of enterprise. »

⁷⁰ Dans ce sens, Goldman, *Droit commercial européen*, p. 84 n° 63.

⁷¹ Bien que ne constituant pas une personne morale, il semble qu'une « società in nome collettiva » italienne serait considérée comme « entrepreneur » au sens de l'art. 1 du projet de loi pour la sauvegarde de la concurrence, présenté le 24 février 1960 au Parlement, qui vise les « ententes entre entrepreneurs ». En effet, la société en nom collectif apparaît comme entrepreneur à l'art. 2301 du code civil italien. V. dans ce sens *Business Regulation in the Common Market Nations*, 1969, vol. II, p. 511, note 138.

⁷² Ainsi que le droit suisse, v. Patry, p. 187.

dition à la présence d'une « entreprise » peut donc bien conduire à une discrimination entre entreprises de nationalités différentes, ce qui serait contraire au Traité de Rome ⁷³. Dans certains pays du Marché commun, une forme juridique donnée verrait son comportement échapper à l'application éventuelle de l'article 85, pour le motif qu'elle ne serait pas considérée comme une « entreprise », alors même qu'une forme analogue utilisée dans un autre pays membre, s'y trouverait soumise. Le traitement des entreprises par l'article 85 se verrait donc dans une mesure importante influencé par certains effets internes conférés à une entreprise par son droit national. Dès lors, si la majorité des auteurs exigent bien la présence de « sujet de droit » comme participant à une entente pour que l'article 85 puisse s'appliquer, ils estiment toutefois afin d'éviter certaines conséquences choquantes qu'il ne convient pas de donner au terme « sujet de droit » un contenu trop précis. La forme juridique n'est pas déterminante ; la présence d'une personnalité morale pas indispensable ⁷⁴.

II. *Notion de sujet de droit et de personne morale.*

Plutôt que d'utiliser la notion traditionnelle de personnalité morale dont le sens technique et précis peut provoquer des malentendus au niveau communautaire ⁷⁵, on a recours en général à l'expression plus générale de « sujet de droit » ⁷⁶ auquel se rattacherait nécessairement l'entreprise. Cette expression doit donc être distinguée de celle de personne morale même si une partie de la doctrine a parfois tendance à confondre ces deux notions ⁷⁷.

⁷³ Art. 7 al. 1 CEE : « Dans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. »

⁷⁴ Dans ce sens Braun, p. 50 ; Van Damme, p. 281 ; Deringer, p. 492 ; Müller-Henneberg, Schwartz, p. 1415 ; Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 266-267 n° 244.

Pour l'art. 1 GWB, v. B.Kart.A. *Rapport annuel*, 1961, p. 61.

Pour le droit belge, v. del Marmol, p. 132.

⁷⁵ Dans ce sens, Van Damme, p. 281 note 79.

⁷⁶ Michoud, p. 116, en donne la définition suivante : « Sont sujets de droit les intérêts juridiquement protégés au moyen de la puissance reconnue à une volonté de les représenter et de les défendre. » Cette définition est citée par M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*. Paris, L.G.D.J., 1962, p. 196.

⁷⁷ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. Paris, Dalloz, 1959, p. 89, cité par Coulombel, p. 47, observe en effet : « La notion de personne morale se confond avec celle de sujet de droit, c'est-à-dire avec une idée aussi diverse dans ses aspects que les différents droits existant dans le monde juridique. »

Demogue, p. 630, paraît également envisager confondre les deux notions en déclarant : « La qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. »

Indépendamment des diverses théories sur la personnalité morale qui ont été proposées, il faut rappeler que celle-ci peut se concevoir sur deux plans différents. Tout d'abord, la personnalité morale peut dépendre de la présence d'un certain nombre d'éléments constitutifs qui pourront être par exemple, selon les théories envisagées, la « *volonté* », le « *patrimoine d'affectation* », ou encore « *l'intérêt juridiquement protégé* »⁷⁸. Ensuite, à ces *éléments doctrinaux* de nature analytique que l'on a parfois appelés les *éléments* « *intellectuels* »⁷⁹ de la personnalité morale doivent s'ajouter des *éléments* « *formels* ». Il s'agit des *éléments de techniques juridiques* qui sont indispensables à l'identification de la personne morale. Ceux-ci sont d'une part les *formalités* nécessaires⁸⁰ et d'autre part la reconnaissance de ces formalités par l'autorité étatique⁸¹.

Cette distinction entre les éléments intellectuels et les éléments formels de techniques juridiques peut contribuer à faire comprendre la notion de sujet de droit. Ainsi la présence des premiers révèle le sujet de droit mais il faut également le concours des seconds pour que naisse la personnalité morale. Ce dédoublement est ainsi expliqué par Michoud :

« La présence d'un *intérêt distinct des intérêts individuels* et d'une *organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt* suffit à donner naissance à un être collectif qui a en lui-même toutes les qualités d'un être capable d'avoir des droits et des obligations. Mais il est évident que cet être n'est pas par cela seul une personne morale pour le milieu juridique dans lequel il prend naissance. Il faut pour cela que ce milieu juridique accepte sa personnalité. »⁸²

En soi la personnalité morale n'apparaît pas comme un attribut uniforme et invariable. Il paraît admis aujourd'hui qu'il n'existe pas une personnalité morale mais des personnalités morales, de même qu'il existe des personnes morales et non un type unique de personne morale⁸³. La

⁷⁸ V. Coulombel, p. 32.

⁷⁹ Vanhaecke, p. 198.

⁸⁰ Des formalités sont nécessaires, soit pour prévoir un critère susceptible de limiter la tendance à la personnification, soit pour permettre aux représentants de la personne morale de justifier de leur qualité.

⁸¹ Réfutant une objection possible, puisqu'en droit français, la société anonyme n'a plus besoin d'être reconnue expressément, Vanhaecke, p. 199, montre que ces deux éléments de technique juridiques n'ont pas disparu de nos jours mais se sont simplement transformés. De spéciale et formelle qu'elle était, la reconnaissance par l'autorité étatique est devenue implicite et générale, liée à l'accomplissement des formalités constitutives de la société.

⁸² *Op. cit.*, p. 103 (c'est nous qui soulignons).

⁸³ Vanhaecke, pp. 191 et 201 ; R. David in *La personnalité morale et ses limites*. Édité par S. Bastid et alii. Paris, L.G.D.J., 1960, p. 6.

diversité des personnes morales est à mettre en parallèle avec l'évolution de la doctrine en ce domaine. Les controverses opposant les tenants de la théorie de la *fiction* à ceux de la théorie de la *réalité* de la personne morale apparaissent aujourd'hui non seulement dépassées mais bien souvent artificielles. Beaucoup ne voient de nos jours dans cette notion qu'un *mécanisme commode* permettant, pour qualifier certains organismes, de se référer à diverses règles applicables aux personnes physiques dont la personne morale diffère profondément⁸⁴. On a pu ainsi la qualifier de

« procédé de technique dont les juristes font usage pour grouper et justifier certaines nécessités qui s'imposent à eux. »⁸⁵

Ainsi définie et limitée, la personnalité morale ne se confond pas avec la personnalité juridique. La première sera la collectivité remplissant les conditions de la personnalité mais sans être reconnue ; la seconde sera la personnalité reconnue par le droit⁸⁶. La diversité de la personnalité morale conduira ainsi à distinguer plusieurs stades et degrés dans son octroi ou sa présence. Ainsi de nombreuses expressions ont pu être utilisées pour essayer de rendre compte de ces divers stades de personnification. Pour qualifier la société en nom collectif, privée de personnalité juridique mais capable d'ester en justice, l'expression de *demi-personnalité juridique*⁸⁷ a été utilisée. On a de même fait allusion aux sociétés avec *personnalité réduite*⁸⁸ ou aux *personnes morales incomplètement développées*⁸⁹.

C. *Forme juridique des sujets de droit coïncidant avec l'entreprise.*

Devant la variété des expressions utilisées pour tenter de désigner divers degrés de personnification, on doit admettre que le critère de la personnalité morale n'est pas un critère satisfaisant comme élément qualificatif de l'« entreprise » au sens des articles 85 et 86.

Quels critères offrir alors au droit de la concurrence lorsqu'il doit examiner la qualité de sujet de droit d'une entité pour dire s'il s'agit ou

⁸⁴ David, p. 4.

⁸⁵ J. Hamel, « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, ch. 141 ; cf. Ch. de Visscher, « La technique de la personnalité juridique en droit international public et en droit international privé », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. XVII, 1936, pp. 475-487.

⁸⁶ V. Michoud, p. 123, qui se réfère à Castelein, *Droit naturel*, 1903, p. 510 n° 6. V. aussi Despax, p. 380 ; Coulombel, p. 192 ; Paillusseau, p. 21 ; R. Clemens, *Personnalité morale et personnalité juridique*. Paris, Sirey, 1935, p. 256.

⁸⁷ *Actes*, 7^e session. Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye, Impr. nat., 1962, p. 174 (intervention du délégué néerlandais).

⁸⁸ *Documents*, 7^e session. Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye, Impr. nat., 1962, p. 446 (réponse suisse à la question n° 5).

⁸⁹ Drobnig, in *La personnalité morale et ses limites*, op. cit., p. 30.

non d'une « entreprise » ? C'est tout le problème de la recherche de l'*indépendance juridique* nécessaire à un opérateur économique pour qu'il constitue un sujet distinct du droit de la concurrence.

Ni la Commission ni la Cour de Justice ne se sont encore trouvées confrontées à des cas qui obligent à déterminer préalablement si une entité possède bien le degré d'indépendance juridique propre à faire d'elle une entreprise⁹⁰. En réalité, les entreprises visées par les décisions ou arrêts avaient toujours pour support et propriétaire une entité dont la personnalité juridique était entière, manifeste et incontestable.

En l'absence d'enseignement tiré de la jurisprudence, c'est donc la doctrine qui doit s'efforcer d'imaginer comment résoudre les problèmes posés par les cas limites. On peut distinguer trois catégories principales d'entités et de groupements en vue d'analyser dans quelle mesure ils possèdent la qualité d'« entreprise » du point de vue de leur indépendance juridique.

I. *Indépendance juridique totale : pleine personnalité morale.*

Dans une *première catégorie*, on pourrait placer toutes les personnes juridiques reconnues pour elles-mêmes *sans limitation* par un ordre juridique national. Il peut s'agir de *personnes physiques* auquel cas en principe aucune question de forme juridique ne se pose. Parmi les *personnes morales*⁹¹, on doit inclure d'une part pratiquement toutes les *sociétés*⁹², qu'elles soient civiles, coopératives ou commerciales et, à l'intérieur de ces catégories, les divers types de sociétés (anonyme, à responsabilité limitée, en commandite, etc.). Il faut mentionner d'autre part des entités juridiques qui ne revêtent pas la forme de société : ainsi le « groupement d'intérêt économique » du droit français, les fondations, associations (pour autant qu'elles soient capables de participer à la vie économique)⁹³.

⁹⁰ Dans la décision *GEMA* de la Commission du 2 juin 1971, *J.O.C.E.*, n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15, ce n'est pas le degré d'indépendance juridique de l'association à objet économique selon l'article 22 du code civil allemand qui a pu éventuellement faire douter de la qualité d'entreprise de la GEMA. C'est parce qu'elle entrait en relation juridique entre autres avec des auteurs et compositeurs qui ne sont pas des commerçants que, selon une conception limitative de l'objet de l'activité économique de l'« entreprise » au sens des articles 85 et 86, on a pu contester la qualité d'« entreprise » de la GEMA. V. L. Focsaneanu, *Rev. M.C.*, 1971, p. 484, et *supra* p. 55.

⁹¹ Sont envisagées ici les entreprises privées. Bien entendu, les observations qui suivent quant au degré d'indépendance juridique nécessaire à l'existence d'une « entreprise » sont également valables, *mutatis mutandis*, aux établissements de droit public. Cf. *infra* pp. 235-236.

⁹² Cf. toutefois le cas des sociétés qui ne sont que de purs contrats. V. *infra* pp. 67-69.

⁹³ Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 266-267 n° 244.

II. *Indépendance juridique relative : sujet de droit privé de la personnalité morale.*

Dans une *deuxième catégorie*, il faut placer les entités juridiques auxquelles leur droit interne ne confère pas la personnalité juridique mais qui néanmoins peuvent être considérées comme *sujet de droit*. Goldman décrit ainsi le degré de capacité juridique — l'indépendance juridique — nécessaire pour faire de ces entités des « entreprises » :

« Encore doit-il s'agir, dans tous les cas, d'une entité juridique apte à participer comme telle à un concours de volontés et, le cas échéant, à subir une sanction pécuniaire. Certes, cette entité pourrait-elle ne pas être théoriquement dotée de la personnalité juridique, selon la loi qui la régit ; *elle n'en sera pas moins une entreprise au sens de l'article 85, si elle a un patrimoine propre et la capacité de contracter en son nom...* » ⁹⁴

La plus connue de ces « personnalités juridiques de second rang » ou « personnes morales relatives » ⁹⁵ est la société en nom collectif du droit allemand (Offene Handelsgesellschaft). Celle-ci peut sous sa propre raison sociale (« unter ihrer Firma ») acquérir des droits et se soumettre à des obligations. On doit envisager sa soumission, le cas échéant, aux sanctions prévues par l'article 85, car elle peut agir et être actionnée en justice. Il n'est pas certain qu'une telle solution puisse être adoptée pour la « società semplice » du droit italien et la « vennootschap onder Firma » du droit néerlandais. En effet, ces deux types de sociétés n'ont qu'un embryon de capacité propre dont le contenu reste incertain, du moins pour la seconde ⁹⁶.

⁹⁴ *Ibid.* Un tel critère est à rapprocher de ceux retenus pour la reconnaissance des sociétés ou personnes morales étrangères dans les art. 1 des Conventions de La Haye et de Bruxelles.

V. Projet de Convention concernant la reconnaissance de personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères du 1^{er} juin 1956, élaboré par la 7^e session de la Conférence de La Haye de Droit international privé ; cf. *Actes et Documents*, cit.

Convention prévue par l'art. 220 al. 3 CEE, signée à Bruxelles le 29 février 1968, actuellement en voie de ratification dans les Etats membres. V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 601 n° 606.

⁹⁵ Expressions utilisées par U. Drobnig in *La personnalité morale et ses limites*, op. cit., p. 29.

⁹⁶ Cf. Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 605-606 n° 611, qui souligne à propos de l'application de la Convention de Bruxelles que les Etats signataires ont dû convenir expressément, aux termes de la déclaration commune n° 1, que ces deux sociétés relevaient de l'art. 1 de la Convention et bénéficiaient donc de la reconnaissance.

V. aussi du même auteur « La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », in *Etudes juridiques offertes à Léon*

III. Absence d'indépendance juridique : groupement purement contractuel.

Une troisième catégorie est constituée par des groupements qui ne disposent pratiquement d'aucune indépendance juridique. Il s'agit de groupements auxquels la personnalité morale fait défaut « non seulement en droit, mais aussi si l'on peut dire, en fait »⁹⁷. En réalité, ces sociétés ne sont que de *purs contrats* qui ne créent pas une entité juridique distincte des contractants et n'ont donc pas de capacité propre. Dans cette catégorie peuvent être incluses la *société en participation* du droit français⁹⁸ et la *société civile* belge⁹⁹. Il semble qu'on puisse aussi leur assimiler entre autres le cas des « associations momentanées »¹⁰⁰ en Belgique. De même, on peut songer aux « communautés de travail »¹⁰¹ (« Arbeitsgemeinschaften ») et aux divers usages de la « société du code civil » du droit allemand¹⁰². Ces sociétés ne peuvent en principe ni acquérir, ni contracter, ni plaider indépendamment de la personne qui agit pour leur compte¹⁰³ (dans la société en participation du droit français) ou de toutes celles qui les composent (pour la société civile belge).

Juliot de la Morandière. Paris, Dalloz, 1964, p. 186 (ci-après Goldman, *Etudes Juliot de la Morandière*).

⁹⁷ Goldman, *Etudes Juliot de la Morandière*, p. 186 ; v. aussi sur les diverses formes juridiques de ces groupements, M. Gegout, *Filiales et groupements de sociétés*. Thèse, Paris, 1929, pp. 326-334.

⁹⁸ Appelée « association en participation » avant la réforme de 1965 ; v. C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1967, p. 1032.

La société en participation est actuellement régie par les art. 419-422 de la loi 66-537 du 24 juillet 1966. V. *Business Regulation in the Common Market Nations*, op. cit., vol. 2, France, p. 165 note 54. Cette forme existe aussi en Belgique et au Luxembourg. En Allemagne elle est dite « stille Gesellschaft ». V. W. Garcin, *Initiation au droit des affaires dans les pays du Marché Commun*. Paris, Jupiter, 1970, Société, t. I, p. 229.

⁹⁹ En droit français par contre, la société civile s'est vu reconnaître la personnalité morale. V. Vanhaecke, p. 199 note 15.

¹⁰⁰ V. M.A. Flamme, « Associations momentanées et groupements d'entreprises », *Ann. Fac. Droit de Liège*, 1964 ; pp. 291-372 ; J.P. Masson, « L'association momentanée », *Dr. et Aff.*, n° 200, 1.7.1971, Doc. 18/71, 8 p.

¹⁰¹ V. Flamme, p. 372.

¹⁰² La « société du code civil » (« B.G.B. Gesellschaft » ou « Gesellschaft bürgerlichen Rechts », G.b.R.) peut constituer une société de fait ne revêtant pas de forme particulière. On l'utilise par exemple comme groupe de financement (syndicat de banques pour l'émission d'actions) et comme « présociété » (« Vor-gesellschaften »), c'est-à-dire société en formation n'ayant pas encore de personnalité morale. V. Garcin, *Initiation*, n° 52, p. 66.

Pour une étude détaillée des divers types de communautés d'entreprises (« Unternehmensgemeinschaft ») et notamment une discussion sur la qualité d'entreprise (au sens du Titre III « Verbundene Unternehmen » de l'Akt.G., 1965) des sociétés civiles, v. H.G. Koppensteiner, « Unternehmergemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht », *Z.H.R.*, 1968 ; pp. 289-329.

¹⁰³ Goldman, *Etudes Juliot de la Morandière*, p. 186.

De tels groupements peuvent-ils être considérés comme une « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence du Traité CEE ? Cette question divise la doctrine. Si l'on estime, selon l'opinion dominante, qu'il ne peut y avoir d'« entreprise » lorsqu'il n'y a pas un *sujet de droit* avec lequel la faire coïncider, alors on doit répondre par la négative¹⁰⁴. Ainsi Goldman semble exclure la présence d'une entreprise lorsqu'il s'agit d'un groupement ne disposant pas d'un patrimoine propre et de la capacité de contracter en son nom. Pourtant, il admet d'une part qu'un tel groupement peut participer à une « entente » et d'autre part que cette participation entraîne des conséquences juridiques. Or le fait d'admettre que le groupement peut être, en tant que tel, participant à une « entente » visée par l'article 85, a pour conséquence d'en faire un sujet des règles de concurrence. Dès lors, on doit admettre que le groupement est implicitement considéré comme une entreprise, au moins pour ce qui est de la désignation de l'auteur matériel de la pratique incriminée. Il est matériellement une « entreprise » quand bien même les conséquences juridiques du comportement incriminé ne peuvent évidemment se manifester au niveau du groupement lui-même puisque ce dernier ne constitue pas une entité juridique distincte pouvant être sujet de droit et d'obligation. Pratiquement, si par exemple une société en participation française ou une société civile belge participe à une entente, l'application des sanctions éventuelles sera prévue de la manière suivante. Dans le premier cas, elles s'adresseront au gérant de la participation qui pourra du point de vue interne les répartir entre les associés. Dans le second, elles s'appliqueront directement à tous les associés¹⁰⁵.

La doctrine dominante est encore très réticente à envisager l'octroi de la qualité d'entreprise à tels groupements, tant la présence préalable d'un sujet de droit lui paraît encore indispensable à la qualité d'« entreprise ».

Certains auteurs ont par contre déjà franchi ce pas. Willewetz fait allusion dans ce sens à la situation d'une association en participation de type néerlandais, mise sur pied pour l'installation d'un réseau de distribution de gaz naturel. Malgré l'absence de la personnalité juridique, l'as-

¹⁰⁴ La Cour de Justice s'est prononcée dans ce sens après s'être livrée à une étude comparée de l'association en participation du droit français avec la société (« maatschap ») au sens des art. 1655 et ss. du Code civil néerlandais. L'avocat général Lagrange devait insister sur le fait que la « maatschap » formée par Breedband et Hoogovens ne possédait ni personnalité morale, ni patrimoine propre. La « maatschap » n'a pas de raison sociale, il en résulte une propriété indivise entre ses membres qui constituent des entreprises distinctes.

C.J.C.E., Arrêt cit. *S.N.U.P.A.T. II*, *Rec.*, 1961, 101, 197 ; v. commentaire de cet arrêt par J. de Richemont, « La notion d'entreprise dans le droit des communautés européennes », *Dr. eur.*, vol. 6, 1963, p. 316, et *supra* p. 33.

¹⁰⁵ V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 267 n° 244.

sociation se comporte comme une entreprise distincte des membres qui l'ont constituée dans ses rapports économiques, techniques, financiers et fonctionnels. De même elle cite le cas d'un important groupement de sociétés de travaux publics dans l'Est de la France qui se comporte comme une entreprise distincte de ses vingt-cinq à trente membres constitutifs. Rejetant au second plan l'exigence de l'indépendance juridique comme condition de l'entreprise, elle déduit la conclusion suivante des deux cas cités :

« Ces exemples démontrent qu'il n'est pas possible de s'en tenir exclusivement au concept juridique pour définir la notion d'entreprise dans le sens des articles 85 et 86 du Traité de la C.E.E.. Il faut aussi tenir compte de la réalité des faits et admettre que l'on se trouve en présence d'une « entreprise » dès lors qu'on constate « une organisation autonome et continue d'éléments matériels et immatériels en vue de la réalisation d'un but économique. » ¹⁰⁶

§ 4. L'AUTONOMIE DE FAIT DE L'ENTREPRISE : L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE.

La pratique communautaire de 1962 à 1968 a permis de dégager certains critères ou conditions dont la présence révèle l'« entreprise » au sens des articles 85 et 86. A ce stade de l'examen, l'entreprise apparaît donc comme un organisme exploitant *une activité économique* qui doit être rattachée à un *sujet de droit*. L'indépendance juridique est en principe une *condition nécessaire* à la présence d'une « entreprise ». Il faut alors déterminer s'il s'agit là d'une *condition suffisante* ou si éventuellement la jurisprudence exige en outre qu'un organisme soit en lui-même doté d'une certaine autonomie de fait pour pouvoir constituer une « entreprise » distincte. En d'autres termes, *l'indépendance économique* doit-elle s'ajouter à *l'indépendance juridique* comme qualité nécessaire à la présence d'une « entreprise ». La Commission et la Cour de Justice ont eu à se prononcer sur des ententes auxquelles l'une des parties apparaissait dans une situation de dépendance relative à l'égard de son cocontractant. L'analyse de la portée qu'a eue ce facteur de dépendance d'une des parties sur l'application de l'article 85 va montrer dans quelle mesure *l'indépendance économique* a pu apparaître comme une qualité propre exigée de l'opérateur économique pour qu'il soit considéré comme une « entreprise ».

¹⁰⁶ Willemetz, pp. 588-589, et cf. *supra* p. 52 la définition de l'entreprise du B.Kart.A.

A. *Effet de la dépendance économique du représentant de commerce.*

Par le moyen d'une « communication », la Commission a pris position en 1962 sur le traitement en droit européen de la concurrence des contrats de concession exclusive conclus avec des représentants de commerce ¹⁰⁷. Elle distingue deux situations.

Dans un *premier cas*, elle estime que

« les contrats conclus avec des représentants de commerce, dans lesquels ceux-ci s'engagent, pour une partie déterminée des territoires du Marché commun, à négocier des affaires pour le compte d'une entreprise ou à en conclure au nom et pour le compte de celle-ci, ou à en conclure en leur propre nom et pour compte de celle-ci, ne sont pas visés par l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité... »

Le *représentant de commerce* ne constitue alors qu'un *auxiliaire* de l'entreprise qui a recours à ses services. La Commission le considère comme un simple élément de l'organisation interne de vente de l'entreprise représentée. Pour entrer dans cette catégorie qui échappe à l'application de l'article 85, le représentant ne doit assurer *aucun risque* financier lié à la vente ou à l'exécution du contrat.

En revanche, dans le *second cas* visé par la Commission le représentant assume les risques résultant de la transaction et les contrats qu'il passera avec des producteurs n'échapperont en principe pas à l'application de l'article 85. Sa fonction se rapproche alors économiquement de celle d'une *négociant indépendant* et il doit être traité comme tel au regard du droit européen de la concurrence. Or dès 1962, la Commission estimait que l'article 85 était normalement applicable aux contrats de représentation exclusive conclus avec des négociants indépendants. La Commission précise ainsi son opinion en indiquant dans quelles circonstances le représentant, quelle que soit sa qualification, sera considéré comme un négociant indépendant :

« le cocontractant qualifié de représentant de commerce doit entretenir ou entretient comme propriétaire un stock considérable de produits visés au contrat, ou doit organiser, entretenir ou assurer à ses frais un service à la clientèle important et gratuit, ou organise, entretient ou assure un tel service. »

¹⁰⁷ J.O.C.E., 24 décembre 1962, p. 2921.

Dans les deux situations visées par sa « communication », la Commission se trouve en face d'un représentant qui possède indiscutablement l'indépendance juridique puisqu'il s'agit d'une personne juridique distincte. Toutefois dans le premier cas, n'assumant aucun risque, il n'est considéré que comme un « auxiliaire » de l'entreprise qui l'emploie. Faut-il alors en déduire que, ne possédant pas l'indépendance économique nécessaire à cette qualification, le représentant de commerce ne constitue pas une « entreprise » distincte ? Rien dans le texte de la « communication » n'autorise à conclure que la Commission a voulu indiquer que certains types de représentants ne constituent pas des « entreprises »¹⁰⁸ au sens de l'article 85. Si elle avait justifié de cette manière la non-application de la règle de concurrence, alors on aurait pu en déduire que la Commission faisait de l'indépendance économique une condition nécessaire à la présence d'une « entreprise » au sens de l'article 85. Par là même, une dimension originale et nouvelle aurait été conférée à l'entreprise en droit européen de la concurrence. Celle-ci n'aurait plus coïncidé avec le sujet de droit qui en est le propriétaire.

En réalité, il est difficile de penser que la Commission entendait mettre en cause la qualité d'« entreprise » du représentant. D'abord, elle a montré qu'il convenait d'interpréter avec prudence¹⁰⁹ et de manière plutôt restrictive la non-application de l'article 85 aux accords conclus avec des représentants¹¹⁰, ce qui ne paraît pas compatible avec une exclusion radicale du « représentant » du domaine des « entreprises » visées par les règles de concurrence. Si, à la rigueur, on peut admettre que les accords qui échappent à la règle de concurrence parce qu'ils répondent aux conditions fixées dans la « communication » ne sont pas des « accords entre entre-

¹⁰⁸ Personne physique donc sujet de droit, se livrant à une activité d'ordre économique, le représentant répond en principe aux critères fixés par la pratique communautaire pour la présence d'une « entreprise ». Toutefois, il faut faire observer qu'en raison de sa qualité de *salarié* le représentant statutaire français est exclu d'une manière générale du domaine des « entreprises » visées par la règle de concurrence. Dans ce sens, v. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 274 n° 253. Cf. *supra* p. 56 note 49.

¹⁰⁹ Dans le texte même de la « communication », la Commission précise qu'il ne faut donner qu'une valeur d'information à cette dernière. Cependant, le fait que depuis sa publication la jurisprudence y ait fait plusieurs fois allusion sans jamais en démentir son contenu a pour conséquence qu'elle constitue pratiquement à l'heure actuelle le droit positif en la matière.

¹¹⁰ Au cours des débats qui marquèrent l'affaire *Grundig* devant la Cour, la Commission n'a pas hésité à envisager certains accords avec des représentants auxquels l'article 85 serait tout de même appliqué, toutes les conditions d'exclusion prévues dans la « Communication » n'étant pas remplies. Elle a déclaré en particulier : « qu'on ne saurait exclure *a priori* que des accords de distribution exclusive conclus avec des représentants au sens propre ne tombent pas sous l'interdiction de l'article 85. » Arrêt cit., *Rec.*, 1966, p. 475.

prises » au sens de l'article 85, il n'en suit pas que les parties ne sont pas elles-mêmes des « entreprises » ¹¹¹.

Dans la doctrine, Goldman explique la soustraction des accords passés par certains représentants de commerce du domaine d'application de l'article 85 non pas par l'absence de la qualité d'« entreprise » d'une des parties, ce qui conduirait au défaut de la pluralité réclamée par cette disposition, mais parce qu'il manque au représentant une *volonté autonome* ¹¹². Cette constatation peut apparaître à la fois comme la cause ou l'effet de sa dépendance économique à l'égard du représenté.

Cependant, à d'autres égards dans l'évaluation générale des accords de concessions exclusives, le représentant de commerce a pu apparaître comme ne formant pas une « entreprise distincte ». La Cour de Justice n'a-t-elle pas admis dans les considérants de son arrêt *Grundig* que le représentant commercial forme avec son représenté une *entreprise unique* ¹¹³. Une telle affirmation devrait logiquement entraîner l'impossibilité pour le représentant de constituer simultanément une « entreprise » distincte. On voit donc que la qualité d'« entreprise » de certains opérateurs économiques n'est pas établie de façon claire et définitive.

B. Effet de la dépendance économique du concessionnaire exclusif.

En 1966, les affaires *Grundig* et *Gouvernement de la République italienne* ont permis à la Cour de dégager quelques principes fondamentaux en ce qui concerne l'effet de la dépendance économique d'une entreprise sur l'application de l'article 85 aux accords auxquels elle est partie. Dans ces affaires, deux thèses s'opposaient. Les requérantes tentaient de démon-

¹¹¹ Une distinction de même nature avait été suggérée par le Gouvernement de la République italienne à propos des contrats conclus avec des négociants indépendants : « Le requérant ne nie pas que les contrats d'exclusivité soient conclus entre entreprises, mais qu'ils soient des 'contrats entre entreprises' au sens de l'art. 85. » *C.J.C.E., Arrêt Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la C.E.E.*, aff. 32/65, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 563, 577.

¹¹² « ...l'une des entreprises parties à l'accord, bien que juridiquement distincte de l'autre, se trouve par rapport à celle-ci dans une situation de dépendance qui l'empêche de former une volonté autonome. » *Op. cit.*, p. 272 n° 251. Cf. aussi *supra* p. 59.

P. Van Ommeslaghe, *Cah. dr. eur.*, vol. 9, 1973, p. 391 paraît bien par contre déduire de l'attitude de la Commission que le représentant *ne serait pas une « entreprise »* au sens de l'art. 85, par. 1.

¹¹³ La Cour mentionne la situation : « ... du producteur intégrant à son entreprise la distribution de ses propres produits par un moyen quelconque, de représentation commerciale par exemple, et échappant à l'article 85... », puis plus loin, elle constate que « ... le libellé de l'article 85 rend l'interdiction applicable, sous réserve d'en remplir les autres conditions, à un accord passé entre plusieurs entreprises et exclut, de ce chef, la situation d'une entreprise unique intégrant son propre réseau de distribution... »

trer que les contrats de concessions exclusives, même conclus avec des négociants indépendants, doivent échapper au champ d'application de l'article 85. Pour cela, elles insistèrent sur l'analogie entre la situation économique du négociant indépendant et celle du représentant, chacune de ces situations présentant une absence d'indépendance économique qui ne permettrait pas une mise en œuvre de l'article 85.

A cette argumentation, la Commission et le Conseil de la CEE répliquèrent qu'il ne pouvait être question d'extrapoler en faveur des négociants indépendants, à partir de l'exception consentie, pour des raisons bien précises, en faveur de certains types de représentants par la Communication du 24 décembre 1962. Leur démonstration se basait sur plusieurs considérations. D'une part ils tendaient à montrer que le concessionnaire indépendant conserve une autonomie appréciable. D'autre part, les défenderesses estimaient que de toute façon — en admettant par hypothèse l'absence d'indépendance économique du concessionnaire — le fait qu'il ne s'agit pas d'un concurrent de l'entreprise productrice ne permettait aucunement d'exclure l'application de l'article 85.

On insistera plus spécialement sur trois constatations de la Cour.

I. Absence de l'exigence d'« entreprises concurrentes ».

La Cour a confirmé la solution que laissait prévoir l'arrêt *Bosch*¹¹⁴ au problème du traitement des « ententes verticales » par l'article 85. Celles-ci tombent dans le champ de l'article 85 au même titre que les ententes horizontales (cartel *stricto sensu*) et ne sont pas du ressort de l'article 86 ainsi que tentait de le démontrer le Gouvernement italien¹¹⁵. En effet, il n'est pas nécessaire que les parties à l'accord soient en concurrence pour que s'applique l'article 85¹¹⁶. Celui-ci vise aussi bien des restrictions à la « concurrence interne » (entre les parties) qu'à la « concurrence externe » (à l'égard de tiers)¹¹⁷. Il n'est donc pas exagéré d'estimer, avec le Conseil de la CEE

« que l'article 85 ne vise pas des accords entre entreprises 'concurrentes', mais des accords 'qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence'. »¹¹⁸

¹¹⁴ Arrêt *Bosch*, aff. 13/61, 6 avril 1962, *Rec.*, 1962, 89.

¹¹⁵ Arrêts *Grundig*, *Rec.*, 1966, 429, 431, et *Gouvernement de la République italienne*, *Rec.*, 1966, 563, 565. « Ni le libellé de l'article 85, ni celui de l'article 86 ne permet de baser une spécialisation de l'un et de l'autre de ces articles en fonction de la place des entreprises dans les stades économiques. »

¹¹⁶ *Ibid.* « La concurrence visée à l'article 85, paragraphe 1, du traité C.E.E. n'est pas seulement celle que pourraient se faire les parties à un accord, mais aussi celle qui pourrait s'exercer entre l'un d'elles et des tiers. »

¹¹⁷ Cf. *infra* p. 94.

¹¹⁸ *Rec.*, 1966, p. 577 (c'est nous qui soulignons).

Cette constatation va à l'encontre de la ligne suivie par ceux qui estiment que « la concurrence présuppose des concurrents » ¹¹⁹.

II. Absence de l'exigence d'« entreprises indépendantes » et « sur un pied d'égalité ».

Partie intervenante dans les débats sur l'affaire *Grundig*, le Gouvernement italien devait poser le problème de l'indépendance de l'entreprise sur un plan encore plus large que celui des possibilités de concurrence. Selon lui, pour que l'article 85 puisse être appliqué aux contrats de concession exclusive en générale, il faudrait que les parties soient *sur un pied d'égalité* ¹²⁰. Si ce n'est pas le cas, il n'y a pas alors d'« accord entre entreprises » au sens de l'article 85. Alors, bien que la qualité d'« entreprise » du concessionnaire ne soit pas directement mise en question par l'intervenant, celle-ci apparaît en filigrane et les arguments contradictoire qui vont être avancés sont ceux-là mêmes qui apparaissent dans tout débat sur la notion d'entreprise.

Pour justifier l'absence d'« accord entre entreprises », le Gouvernement de la République italienne considère que le contrat de concession exclusive a en fait la même signification que celle des directives qu'une direction donne à ses employés *au sein d'une même entreprise*. Par là, il insiste sur la situation économique de fait qui lui paraît en droit de la concurrence prendre le pas sur l'aspect formel du rapport contractuel noué entre deux sujets de droit.

« Substantiellement, les *directives* données par le producteur à son concessionnaire ne diffèrent pas de celles données par un autre *producteur à ses employés* ou à ses représentants de commerce avec lesquels des contrats auraient été également stipulés. Le contrat entre le producteur et son concessionnaire exclusif *ne concernerait donc pas le phénomène économique, mais seulement les rapports juridiques entre ces deux sujets* ; de ce fait, il serait étranger à l'interdiction de l'article 85, lequel ne considère que les rapports contractuels qui tendent à *modifier les phénomènes économiques*. » ¹²¹

Répondant à ces arguments, la Commission en sa qualité de défenderesse démontre que formellement, il s'agit bien d'« accords entre entre-

¹¹⁹ Dans ce sens J.J.A. Ellis, « Joint ventures, intra-enterprise arrangements and horizontal arrangements between independent companies », *American Bar Association Proceedings Conference on Antitrust and the European Communities* (Brussels/Luxembourg). New York, A.B.A., 1964, p. 106, qui cite E.J. Mestmäcker, *W.u.W.*, 1957, p. 685.

¹²⁰ Arrêt *Grundig*, *Rec.*, 1966, 444.

¹²¹ *Ibid.*

prises » et qu'aucune considération d'ordre économique n'a le pouvoir de mettre en doute le bien fondé de cette constatation.

En ce qui concerne la *notion d'entreprise*, elle fait appel à la jurisprudence élaborée en fonction du Traité CECA pour constater sans beaucoup d'hésitation ni aussi d'imagination :

« La notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personne physique ou morale. Cette notion serait également applicable dans le cadre du traité CEE. Le fabricant et les concessionnaires étant des personnes juridiques autonomes, poursuivant d'une façon durable des activités économiques propres, le contrat de concession exclusive est conclu entre des entreprises. » ¹²²

Au sujet de la *notion d'accord*, la Commission s'est posée la question de l'effet éventuel de la dépendance économique d'une partie à l'égard de l'autre ¹²³. Après avoir admis comme hypothèse que l'indépendance des parties est nécessaire pour qu'il y ait « accord entre entreprise », la Commission insiste sur le fait que cette indépendance ne saurait concerner que *la période antérieure à la conclusion de l'accord*. En effet, les contrats conclus d'une manière durable conduisent toujours à une certaine dépendance de l'une des parties par rapport à l'autre ou même à une dépendance mutuelle ¹²⁴.

« Comme les entreprises distributrices sont *indépendantes du producteur avant la conclusion du contrat*, il serait faux d'affirmer que le contrat passé entre le fabricant et ses concessionnaires ne ferait que donner un appui de pure forme à une situation de fait ¹²⁵. En tout état de cause, la prétendue dépendance du concessionnaire envers le fabricant ne se comprendrait que dans le cadre et sur la base de cet accord. » ¹²⁶

¹²² *Ibid.*

¹²³ « Quant à la notion d'accord, même en admettant que celle-ci présuppose l'indépendance réciproque des parties au contrat... » *Rec.*, 1966, p. 445.

¹²⁴ Si, contrairement au mode de raisonnement de la Commission sur ce point, l'on fait porter le poids du critère de l'indépendance sur la qualité d'« entreprise », il serait donc possible de dire que le concessionnaires constitue une « entreprise » au sens de l'art. 85 avant la signature du contrat, mais que cette qualité pourrait disparaître après cette signature du fait de la perte d'indépendance économique résultant précisément des engagements contractés. C'est un raisonnement analogue qui peut permettre entre autres de soustraire les accords de fusion de sociétés du domaine de l'art. 85.

¹²⁵ *A contrario*, ce serait donc bien le cas d'un contrat qui serait conclu entre une filiale et la société mère dont elle dépend entièrement. Cf. *infra* pp. 85-100.

¹²⁶ *Rec.*, 1966, p. 445 (c'est nous qui soulignons).

Le fait de constater que la dépendance éventuelle du concessionnaire commence précisément après la signature du contrat¹²⁷ et n'empêche pas la soumission de ce dernier au droit de la concurrence doit être mis en parallèle avec la situation différente de la filiale. Chez celle-ci, la dépendance paraît préexister à l'accord¹²⁸.

En définitive, sans faire sienne expressément l'argumentation avancée par la Commission, la Cour devait dans l'arrêt *Grundig* lui donner raison sur le fond et conclure à la soumission des accords de concession exclusive à l'article 85. La Cour n'a pas eu recours à l'expression d'indépendance économique mais, en renonçant à exiger que les parties soient en état d'égalité¹²⁹, elle paraît implicitement avoir admis à cette époque l'application des règles de concurrence à l'égard de sujets de droits même privés d'indépendance économique.

III. *Respect de l'organisation interne de l'entreprise.*

La Cour de Justice indique comme critère essentiel en vue de l'application de l'article 85 la présence d'une pluralité d'entreprises. A cet égard, la notion d'entreprise joue un rôle de premier plan dans la mise en œuvre de l'article 85. En effet, il faut connaître son contenu pour être en mesure d'assurer le « respect de l'organisation interne de l'entreprise », principe fondamental développé par la Cour dans ses arrêts *Grundig* et *Gouvernement de la République italienne*.

A la situation réalisée par l'accord d'exclusivité, la Cour oppose

« celle du producteur *intégrant à son entreprise* la distribution de ses propres produits par un moyen quelconque, de représentation commerciale par exemple, et échappant à l'article 85. »

Elle constate de même que

« ... le libellé de l'article 85 rend l'interdiction applicable sous réserve d'en remplir les autres conditions, à un accord passé *entre plusieurs*

¹²⁷ Notons qu'il peut parfois y avoir situation de dépendance antérieurement à la signature du contrat. Il pourra alors s'agir d'un nouveau contrat qui complète ou remplace déjà des liens de sujétion préexistants entre le concessionnaire et le producteur. L'on sait par exemple que certains grossistes sont, en fait, entièrement dépendants d'une seule entreprise productrice. V. à ce propos les considérations de C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1967, pp. 1035-1036, qui parle à ce propos de « servitude économique ».

¹²⁸ Dans ce sens, Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 272-273 n° 251. Cf. aussi *infra* p. 94 note 26.

¹²⁹ « ... qu'à cet effet, il est indifférent que les parties à l'accord se trouvent ou non sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur position et leur fonction économique. » *Rec.*, 1966, p. 493.

entreprises et exclut, de ce chef, la situation d'une *entreprise unique* intégrant à ses propres services son propre réseau de distribution...
 ... Le traité a voulu par l'article 85, *respecter l'organisation interne de l'entreprise* et ne la mettre en cause éventuellement, par le moyen de l'article 86 qu'au cas où elle atteindrait le degré de gravité d'un abus de position dominante. »¹³⁰

La Cour de Justice a alors sans doute entendu préserver de l'application de l'article 85 la relation entre entités économiques dépendant d'un même sujet de droit. En effet, aussi longtemps que l'identification entre « entreprise » et sujet de droit demeure la doctrine officielle en vigueur, il est clair que les relations qui peuvent s'établir entre par exemple une succursale et le sujet de droit dont elle dépend ne sauraient être couvertes par l'interdiction de l'article 85. Il s'agit alors des relations internes à l'intérieur d'une seule et même entreprise. Dans l'arrêt *Gouvernement de la République italienne*, l'avocat général Roemer a d'ailleurs expressément cité la *succursale* comme entité échappant à l'article 85¹³¹. Toutefois, dans le texte de l'arrêt proprement dit, la Cour n'a pas mentionné le cas de la succursale. Dès lors, bien que la situation de la succursale au regard de l'article 85 soit aujourd'hui peu contestée, on ne doit pas exclure une modification de son traitement à l'avenir¹³². L'identification « entreprise — sujet de droit » peut un jour devoir être adaptée ou remise en cause. La Cour a déjà semblé admettre à propos des accords conclus avec certains représentants de commerce que ceux-ci, bien que sujets de droit se livrant à une activité économique, ne constituaient pas forcément des « entreprises » distinctes au sens du traité¹³³. Une atteinte a donc déjà été portée au principe de l'identification entre « entreprise » et « sujet de droit ». Dès

¹³⁰ V. Arrêts cit., *Rec.*, 1966, 494-494, et 1966, 592-593. Cf. *supra* p. 72 note 113.

¹³¹ Faisant allusion aux concessionnaires exclusifs qui voient leur relation avec leur producteur tomber sous le coup de la règle de concurrence, il note : « ils se distinguent ainsi nettement des succursales, agences de distribution ou employés de producteurs privés d'autonomie commerciale. » *Rec.*, 1966, p. 608.

¹³² Certes, la perspective suivante évoqué par H.D. McCoy, « The United States Parent Corporation — European Subsidiary Relationship under the European Antitrust Regulation », *Va.J.Int'l L.*, vol. 3, 1963, p. 58, ne paraît pas correspondre à la pratique actuelle. « Quite possibly however, the Commission may find that such branches, should be the 'economic' concept of enterprise be adopted, are 'enterprises' within the meaning of the Treaty and Regulations thereby rendering the branch form less an antitrust 'haven'. »

On doit donc admettre prudemment avec E.A. Forcione, « Intra-enterprise conspiracy under the Antitrust Regulations of the Common Market », *Bus. Law.*, vol. 25, 1970, p. 1432 : « There has been no authoritative statement to the effect that Article 85 (1) can never apply to cooperation between branch offices or divisions of the same corporation but the reasoning in Christiani & Nielsen support this view. »

¹³³ V. *supra* p. 72.

lors, on doit réserver la possibilité pour la Cour d'ouvrir à l'avenir une autre brèche dans ce principe.

En insistant sur le respect par l'article 85 de l'organisation interne de l'« entreprise », la Cour n'a pas préjugé des différentes catégories d'opérateurs économiques dont les relations pourraient tomber dans le domaine d'application de cette disposition. A cet égard, le terme « entreprise » est « neutre ». Aussi, dans la mesure où la Cour en viendrait à admettre une évolution du contenu de la notion d'entreprise, alors d'autres sujets de droit pourraient ne plus être considérés comme « entreprise » distincte¹³⁴ et même, réciproquement, certaines entités juridiquement dépendantes accéder à la qualité d'« entreprise »¹³⁵.

¹³⁴ Dans le cas du groupe de sociétés, selon que l'on considère soit le groupe pris dans son ensemble, soit chacun de ses membres comme constituant une « entreprise », le respect de « l'organisation interne de l'entreprise » conduira à la soustraction ou à la soumission des accords intragroupes au champ d'application de l'art. 85.

¹³⁵ V. *infra* pp. 184-207.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'examen de la pratique communautaire de 1952 à 1968 fait ressortir que l'entreprise, notion à laquelle font appel tant le Traité CECA que le Traité CEE, n'a pas été prise en considération pour elle-même en tant que notion originale mais bien plutôt comme une étiquette commode pour désigner en réalité la personne juridique — physique ou morale — de son propriétaire.

L'expérience du Traité CECA montre que malgré quelques occasions où la Haute Autorité et la Cour de Justice paraissaient permettre à l'entreprise de se révéler, celle-ci est demeurée essentiellement cachée par la propriété. En définissant l'entreprise lors de l'application du mécanisme de péréquation de la ferraille aux groupes de sociétés, la Cour n'a pas admis que le droit communautaire considère le groupe comme entreprise unique. A cette occasion, elle aboutit à une *identification* de la notion d'entreprise avec celle de personne morale.

Contrairement au Traité CECA qui les mentionne à de très nombreuses reprises, le Traité CEE s'adresse aux entreprises pratiquement en leur seule qualité de sujettes des règles de concurrence. En raison de l'objet même de toute législation antitrust, on pouvait espérer que — se dégageant d'une conception rigide et limitative de l'entreprise — les organes communautaires allaient ouvrir à l'entreprise les voies d'une reconnaissance par le droit européen de la concurrence. Jusqu'en 1968, cela n'a pas été le cas. L'entreprise continue à n'être envisagée qu'en tant que sujet de droit. Cependant, il ne s'agit peut-être plus d'une véritable *identification* mais plutôt d'une *coïncidence* entre ces deux notions. Le fait de ne se préoccuper dans l'entreprise que de l'entrepreneur n'a pas créé des difficultés telles que la reconnaissance d'une notion originale d'entreprise se soit avérée indispensable. Pendant cette période on a constaté qu'il était au fond possible de conserver encore comme guide la définition de l'entreprise élaborée par la Cour dans le cadre du Traité CECA. Dans la vie économique en général et en particulier chaque fois que les organes communautaires ont été amenés à se prononcer dans le domaine de la concurrence, l'entreprise est bien souvent apparue effectivement exploitée par un seul sujet de droit. On ne pouvait alors que constater cette *coïncidence*. La jurisprudence n'a pas eu à se demander à qui s'adressait au fond la règle de concurrence.

Visait-elle l'entreprise en tant que notion originale créée par le Traité CEE mais recouverte par celle du sujet de droit propriétaire de l'entreprise dont on ne pouvait dans chaque cas d'espèce la distinguer ? Visait-elle par contre directement le sujet de droit propriétaire, le terme « entreprise » n'étant alors qu'une étiquette sous laquelle se cachait l'entrepreneur, unique sujet possible de règles de concurrence ?

La jurisprudence n'a été confrontée à aucune situation qui aurait fait de la recherche d'une réponse à ces questions autre chose qu'un exercice purement académique.

La pratique communautaire de la CEE a donc pu, avec une bonne conscience que ne partageait pas toujours la doctrine, maintenir une attitude relativement conservatrice en se bornant, lorsque cela était nécessaire, à se référer systématiquement à la définition de l'entreprise élaborée lors de l'application du Traité CECA. Pareille attitude a été justifiée aussi longtemps que cette définition n'apparaissait pas totalement inapte à rendre compte de la réalité économique, préoccupation essentielle de toute législation antitrust.

Deux raisons ont pu contribuer à empêcher les organes communautaires de doter l'entreprise d'un contenu original aux fins de la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité CEE.

D'une part, seule la première de celles-ci soit l'article 85 a été effectivement utilisée lors de cette première étape. Or il se trouve que les conditions d'application de l'article 85, contrairement à l'article 86, font une place essentielle à la notion d'*accord*. Cette notion conduit à faire référence aussitôt à celle de *sujet de droit* en tant que partie à l'accord. L'identification « entreprise — sujet de droit » s'impose alors d'elle-même. C'est à partir de la notion d'accord — en passant par l'exigence d'une *volonté indépendante* qui serait l'apanage du seul sujet de droit — qu'on a justifié l'exclusion du domaine de l'« entreprise » de toute entité ne disposant pas d'une personnalité juridique propre. Si au contraire le début de l'avènement du droit européen de la concurrence avait été marqué par la mise en œuvre de l'article 86 plutôt que de l'article 85, il est permis de penser qu'alors, au lieu d'être repoussée *a priori*, l'idée d'une notion autonome d'entreprise se détachant de la personne juridique de son propriétaire aurait pu s'imposer. En effet, l'article 86 à l'encontre de l'article 85 vise un comportement qu'on ne peut saisir qu'à l'aide de concepts économiques. Ainsi pour identifier sur un marché donné l'opérateur qui détient une position dominante et qui l'exploite abusivement, on ne pourra ne pas viser l'entreprise en tant qu'entité ou ensemble économique autonome¹³⁶.

¹³⁶ V. *infra* pp. 103-109.

D'autre part comme cela vient d'être relevé, les premières occasions qui ont permis la mise en œuvre de l'article 85 ont concerné des pratiques menées par des opérateurs économiques chez lesquels coïncidaient l'élément proprement économique de l'entreprise et l'élément juridique que constitue le sujet de droit qui en est le support. La *nécessité juridique* d'une reconnaissance de l'entreprise par le droit faisait défaut dans la mesure où il y avait *adéquation* entre la situation économique et la situation juridique. Ce n'est que plus tard, lorsque la Commission va être obligée de se préoccuper des effets anticoncurrentiels propres à certaines pratiques de groupes de sociétés que se révélera progressivement la conscience d'un *détachement* de l'entreprise par rapport à la personne juridique de son propriétaire. Alors seulement on pourra voir dans l'entreprise une notion autonome qui doit être reconnue pour elle-même dans l'application des articles 85 et 86. C'est à cette évolution que sera consacrée la deuxième partie de la présente étude.

DEUXIÈME PARTIE

LE TOURNANT (1968 - 1973) : VOIES ET INDICES D'UNE ÉVOLUTION A TRAVERS LE TRAITEMENT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

CHAPITRE III

LE TRAITEMENT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS PAR LA COMMISSION : EFFET SUR LA NOTION D'ENTREPRISE

SECTION PREMIÈRE

LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU GROUPE DE SOCIÉTÉS COMME « ENTREPRISE » UNIQUE AUX FINS DE L'APPLICATION DES ARTICLES 85 ET 86

§ 1. SOUSTRACTION DES ACCORDS INTRAGROUPES DU DOMAINE DE L'ARTICLE 85.

Le traitement des relations entre membres d'un groupe de sociétés en droit européen de la concurrence suscite de délicats problèmes d'interprétation. Si l'on ne tient compte que de la structure juridique formelle, le groupe de sociétés ne peut pas apparaître comme une entité en soi. Dans la mesure où l'on identifie « entreprise » à « sujet de droit », le groupe de sociétés constitue en effet une pluralité d'« entreprises ».

En revanche, l'analyse de la réalité économique conduit souvent ¹ à voir dans le groupe de sociétés un même système organisé dont les membres, bien que juridiquement distincts, sont généralement privés de l'indépendance économique qui caractérise toute entreprise. Dans l'attitude que la Commission a suivie à propos de l'application éventuelle de l'article 85 aux accords intragroupes, trois phases doivent être mises en évidence. Leur analyse va révéler une évolution conduisant à une remise en question de l'identification traditionnelle de la notion d'entreprise avec celle de sujet de droit.

¹ Ce n'est que dans la troisième partie que l'on distinguera les divers types de groupes de sociétés. V. sur ce point *infra* pp. 169-173.

A. *Le concessionnaire indépendant ou la filiale : deux méthodes d'opération à traiter de manière analogue.*

Ce n'est qu'en 1968, que la Commission a eu l'occasion d'exprimer d'abord officiellement sa position au sujet des accords intragroupes. Dans une communication du 24 octobre 1968 concernant l'affaire *Scott Paper*², elle a implicitement admis qu'ils tombaient dans le domaine d'application de l'article 85 et étaient par conséquent considérés comme des « accords entre entreprises » au sens de cette disposition. Cette communication, faite conformément à l'article 19 par. 3 du règlement n° 17, faisait connaître l'intention de la Commission d'accorder ultérieurement le bénéfice de l'article 85 par. 3 à *deux accords* qui lui avaient été notifiés le 30 octobre 1962 par l'entreprise Scott Paper Company de Philadelphie (USA). Dans leur première version, ces contrats n'avaient pu obtenir d'exemption car ils prévoyaient des restrictions qui n'étaient pas indispensables pour réaliser les objectifs prévus à l'article 85 par. 3. A la suite de modifications, ils se présentaient essentiellement de la même manière. Tous deux concernaient des licences de marques et de savoir-faire (« know-how »). Le concédant (Scott Paper) par des licences gratuites simples (non exclusives) permettait aux deux licenciés de fabriquer divers produits visés au contrat et de les vendre, chacun sur une partie déterminée du Marché commun, sous l'une des marques déposées au nom du concédant.

Dans le *premier contrat*, le licencié était la société Continental SA, Bruxelles, qui appartenait à 100 % à Scott Paper au moment de la publication de la communication de la Commission. La société mère, en notifiant l'accord, n'avait pas prétendu que l'accord ne tombait pas dans le domaine de l'application de l'article 85. Elle n'avait pas demandé que lui soit délivrée une *attestation négative*³ mais cherché à bénéficier d'une *exemption* sur la base de l'article 85 par. 3. Les effets de la procédure d'exemption sur la qualité d'« entreprise » des parties à l'accord sont à souligner.

La dérogation prévue à l'article 85 par. 3 octroyée à un accord qui a été notifié conformément à l'article 4 par. 1 du règlement n° 17, est qualifiée de « *déclaration d'inapplicabilité du paragraphe premier* ». Cependant cette dénomination apparaît assez malencontreuse car en réalité il s'agit d'ententes auxquelles le paragraphe 1^{er} est *applicable* mais qui n'est pas *appliqué*⁴. En effet, pour que l'exemption de l'article 85 par. 3 puisse

² J.O.C.E., n° C 110/2 du 24.10. 1968.

³ Cf. le cas contraire dans la décision *Christiani & Nielsen*, *infra* p. 93.

⁴ Dans ce sens Goldman, *Droit commercial européen*, p. 320 n° 291.

être envisagée, il faut préalablement que l'accord ou la pratique soit considéré comme soumis à l'article 85 par. 1. C'est dire qu'il doit remplir les trois conditions d'application de cette disposition⁵. Dès lors, si un accord entre une filiale et sa société mère se voit octroyer une exemption sur la base de l'article 85 par. 3, cela signifie qu'aux yeux de la Commission il s'agit bien d'un « accord entre entreprises ». La qualité d'« entreprise » d'une telle filiale ne peut donc faire de doute. En manifestant son intention d'accorder le bénéfice de l'exemption notamment à l'accord de licence conclu entre Scott Paper et sa filiale à 100 % Continental SA, la Commission semble avoir admis que le fait pour Continental SA d'être entièrement contrôlée financièrement par la société mère ne lui enlevait pas sa qualité d'« entreprise » au sens de l'article 85.

En définitive, la Commission ne s'est pas prononcée sur le premier accord. Elle a justifié l'octroi de l'exemption promise à Scott Paper en se basant sur des motifs se rapportant au *second contrat* d'un contenu identique et notifié simultanément. Ce dernier liait Scott Paper à une filiale commune qu'elle ne contrôlait que partiellement. La qualité d'« entreprise » de cette filiale commune ne pouvait évidemment pas être mise en cause.

Cette affaire n'a d'ailleurs pas donné lieu à une décision de la Commission. En conséquence, on ne peut pas en tirer des conclusions ayant une portée générale. Elle montre néanmoins qu'une société qui avait choisi d'opérer en Europe aux moyens de filiales paraissait devoir être traitée par la Commission de la même manière que si elle avait eu recours à des négociants indépendants pour écouler ses produits. Dans les deux cas, les accords conclus par l'entreprise productrice étaient conclus avec d'autres entreprises. On n'était donc pas en présence d'une « entreprise unique intégrant à ses propres services son propre réseau de distribution »⁶.

Une attitude analogue a été adoptée par la Commission lors de l'affaire *Sperry Rand*⁷ qui n'a pas non plus donné lieu à une décision et n'a ainsi pas une valeur de précédent. Selon les informations communiquées par la Commission à la presse, les faits se présentaient de la manière suivante. La société américaine *Sperry Rand Corporation* à Wilmington (USA) avait au moyen d'un accord cédé à sa filiale italienne de production *Remington Rand Italia* des droits relatifs à des marques pour des rasoirs électriques dont elle était titulaire en Italie. Bien que le texte de l'« information à la

⁵ V. *supra* pp. 42-44.

⁶ Cf. *supra* p. 76.

⁷ « Droits de marque et restriction de la concurrence (rasoirs électriques) », *Information à la presse*, Groupe du porte-parole de la Commission, I.P. (69) 98, 11.6.1969. V. aussi *Bull. des Com. Eur.*, 1969, n° 8, p. 40, et le Commentaire de W. Alexander, in *Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch*. Bruxelles/Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1973, pp. 9-10.

presse » n'apporte aucune précision sur le degré de contrôle de la société mère sur sa filiale, on peut penser qu'il s'agissait d'une filiale entièrement possédée. L'intervention de la Commission se produisit à la suite d'événements que l'on peut rapprocher de ceux qui marquèrent le début de l'affaire *Grundig*⁸. Au lieu d'un concessionnaire exclusif, il s'agissait ici d'une filiale de production. La Commission a suivi un raisonnement parallèle à celui qu'elle avait adopté à l'égard de l'accord *Grundig - Consten*.

Une entreprise tierce italienne avait importé en Italie des rasoirs « Remington » en provenance notamment d'un autre Etat membre. On était donc en face d'« importations parallèles ». Assignée devant le Tribunal de Milan par la filiale Remington Rand Italia pour violation des droits de marque et pour concurrence déloyale, l'entreprise tierce devait alors déposer une plainte devant la Commission en invoquant la nullité, au regard de l'article 85, de l'accord conclu au sein du groupe Sperry Rand. La procédure engagée par la Commission provoqua l'interruption du procès devant le Tribunal de Milan. La Commission conclut à la soumission de principe de cet accord intragroupe à l'article 85. L'« information à la presse » déclare à ce propos :

« La Commission des Communautés européennes a fait savoir aux entreprises intéressées que l'accord en cause, tel qu'il avait été interprété et appliqué par les parties, légitimait des réserves quant à sa compatibilité avec les dispositions de l'art. 85 du Traité... »

Dans cette affaire⁹, la Commission s'est préoccupée de la restriction de la *concurrence externe*¹⁰ sans se soucier apparemment du fait que, conclu entre membres d'un même groupe, l'accord ne pouvait pas en principe restreindre une quelconque *concurrence interne* qui ne saurait être présente. Là aussi, elle a transposé à la situation de l'accord intragroupe, le mode de raisonnement employé dans l'arrêt *Grundig*.

Ni dans l'affaire *Scott Paper*, ni dans l'affaire *Remington Rand*, la Commission n'a paru attacher d'importance à l'unité économique que

⁸ V. *supra* p. 58 note 58.

⁹ Contrairement au raisonnement suivi dans la décision *Christiani & Nielsen*, cf. *infra* p. 94.

¹⁰ Cela ressort du passage suivant de « l'information à la presse » : « ... En effet, l'utilisation qui en avait été faite à l'encontre de l'importateur parallèle ne relevait pas de la poursuite de contrefaçon, les rasoirs électriques qu'il avait importés en Italie portant légitimement une marque 'Remington' authentique, mais visait à empêcher celui-ci d'importer des rasoirs en Italie en provenance d'autres pays du Marché Commun. L'accord ainsi appliqué, assurait une protection territoriale absolue à la société Remington Rand Italia, affectait le commerce entre Etats membres et restreignait la concurrence portant sur les produits en cause, en poursuivant des objectifs étrangers à la fonction propre de la marque. »

forme le groupe de sociétés. Elle a montré qu'elle ne voyait que la personnalité juridique distincte de la filiale pour en déduire sa qualité d'« entreprise » distincte. Aussi l'accord qu'elle conclut avec sa société mère est un « accord entre entreprises » qui doit être soumis à l'article 85, quelle que soit par ailleurs la dépendance économique dont est l'objet la filiale.

B. *Moyens de soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85.*

Dans deux décisions, la Commission a traité de l'applicabilité éventuelle de l'article 85 à des accords intragroupes. Il s'agit d'une part de la décision *Christiani & Nielsen* du 18 juin 1969¹¹, et d'autre part de la décision *Kodak* du 30 juin 1970¹². En accordant une *attestation négative* aux accords intragroupes qui lui avaient été notifiés, la Commission adoptait dans ces deux décisions une attitude opposée à celle que laissait supposer son comportement à l'occasion des affaires *Scott Paper* et *Remington Rand*. Il est nécessaire d'examiner d'abord la portée juridique de l'*attestation négative* par rapport à celle de la « déclaration d'inapplicabilité du paragraphe 1^{er} » ou *exemption*.

L'attestation négative n'offre pas la même sécurité à l'entreprise que la « déclaration d'inapplicabilité » de l'article 85 par. 1. En effet par l'attestation négative la Commission ne fait qu'indiquer qu'« en fonction des éléments dont elle a connaissance », il n'y a pas lieu d'intervenir à l'égard d'un accord ou d'une pratique. L'attestation négative perd son effet en cas de nouvelles dispositions législatives ou si les circonstances de fait sont modifiées ou encore si d'autres éléments apparaissent qui étaient ignorés lors de l'examen du cas particulier, et peut-être même, selon certains auteurs¹³, en cas de modification de la conception juridique propre à la Commission. Aussi le fait pour la Commission d'avoir accordé deux attestations négatives à des accords intragroupes ne signifie-t-il pas que ce genre de pratique échappe généralement et définitivement à l'article 85.

Sur le fond de la question, c'est-à-dire la soustraction ou la soumission de l'accord intragroupe à l'empire du droit européen de la concurrence, une différence essentielle apparaît selon que la Commission accorde une exemption sur la base de l'article 85 par. 3 ou une attestation négative. Pour comprendre cette différence, il faut se rapporter à l'article 1^{er} du règlement n° 17 qui précise qu'est habilitée à présenter une demande en vue d'une attestation négative :

¹¹ J.O.C.E., n° L 165/12 du 5 juillet 1969.

¹² J.O.C.E., n° L 147/24 du 7 juillet 1970.

¹³ V. A. Braun et alii, *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*. Bruxelles/Paris, Larcier/Dalloz, 1967, p. 212, note 36.

« toute entreprise participant à des accords, décisions ou pratiques visées à l'article 85 ou 86 du traité. »

Cette rédaction semblerait indiquer que seule une entreprise dont l'accord paraît soumis (« visé ») à l'article 85 pourrait bénéficier de l'attestation négative. Or, il ne s'agit pas de cela bien entendu, puisque l'attestation négative a pour effet de constater l'« absence d'infraction »¹⁴, c'est-à-dire la non réalisation des conditions d'application de l'article 85 par. 1. Théoriquement ne devraient présenter de telles demandes que les entreprises qui estiment précisément que l'accord n'est pas « visé à l'article 85 »¹⁵. C'est pourquoi Goldman, en faisant allusion à la rédaction de cet article 1 du règlement n° 27, constate :

« Mieux aurait sans doute valu dire 'accords', décisions ou pratiques dont il *pourrait être allégué* qu'ils sont visés, etc. »¹⁶

Une telle rédaction aurait sans doute mieux mis en lumière la différence de nature qui existe entre la demande en vue de l'attestation négative et la notification destinée à bénéficier de l'exemption prévue par l'article 85 par. 3. La première a pour objet de faire d'abord constater que l'entente est bien soumise à l'article 85 par. 1, mais qu'elle peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 85 par. 3, et donc ne pas être interdite ; la seconde au contraire vise à faire constater par la Commission qu'un accord ou une pratique échappe totalement à l'article 85, donc *que l'une au moins des trois conditions d'application de l'article 85 par. 1 fait défaut*.

L'analyse des motifs à l'appui des décisions *Christiani & Nielsen* et *Kodak* va permettre de déterminer laquelle de ces trois conditions d'application n'a pas été jugée être remplie aux yeux de la Commission. Ainsi pourra-t-on discerner si la Commission exige une pluralité d'entreprises qui soient économiquement indépendantes pour que soit mis en œuvre l'article 85.

¹⁴ V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 392 n° 362.

¹⁵ Dans la pratique, la demande d'attestation négative est toujours combinée avec la notification visant à obtenir le bénéfice de l'article 85 (3) puisque c'est maintenant un même formulaire « A/B » qui est utilisé pour les deux procédures. (Le modèle a été publié en annexe au Règlement n° 27, modifié par le Règlement n° 1133/68 de la Commission du 26 juillet 1968, *J.O.C.E.*, n° L 189 du 1.8.1968). Ce dernier texte a fusionné les formulaires A (demande) et B (notification), antérieurement distincts. V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 393 n° 363.

¹⁶ *Ibid.*

C. *Motifs apportés à la soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85.*

Dans sa décision *Christiani & Nielsen*¹⁷, la Commission aborde une deuxième phase dans l'élaboration de son attitude face aux groupes de sociétés. Elle a jugé l'article 85 inapplicable à un contrat conclu entre une société danoise de travaux publics et sa filiale néerlandaise dont elle détenait l'intégralité du capital social. Outre diverses clauses de collaboration technique, le contrat contenait surtout une « clause de répartition de marchés », pratique expressément visée par l'article 85 par. 1, lettre c) du Traité. Cette clause interdisait à la filiale d'exercer son activité hors du territoire néerlandais sans l'accord de la société mère. Celle-ci avait en outre passé des contrats contenant une clause semblable avec des filiales installées dans d'autres pays du Marché commun.

Après avoir semblé admettre la présence d'un « accord entre entreprises » en faisant même implicitement référence à la définition de l'entreprise élaborée par la Cour à propos du Traité CECA¹⁸, la Commission rejette l'application de l'article 85 en arguant essentiellement de l'*inexistence d'une concurrence interne susceptible d'être restreinte*¹⁹. Elle montre qu'une telle concurrence ne peut exister que si la filiale peut disposer d'une certaine indépendance économique. Or, un certain nombre d'indices font penser à la Commission que tel n'est pas le cas de la filiale *Christiani & Nielsen*, La Haye.

¹⁷ Pour un commentaire détaillé de cette décision, v. L. Focsaneanu, « La concurrence à l'intérieur des groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative *Christiani & Nielsen* », *Rev. M.C.*, 1970, pp. 32-38 ; E.A. Forcione, « Intra-enterprise conspiracy under the Antitrust Regulations of the Common Market », *Bus. Law.*, vol. 25, 1970, pp. 1419-1440 ; U. Huber, « Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht nach der Kommissionsentscheidung im Fall *Christiani & Nielsen* », *B.B.A.W.D.*, vol. 15, 1969, pp. 429-433 ; K. Spormann, « Die Entwicklung der Europäischen Wettbewerbspolitik », *B.B.A.W.D.*, vol. 16, 1970, pp. 156-162 ; C. Tessin, « Rechtsprechung », *Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen)*, 1969, pp. 294-295 ; J. Treeck, « Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht », *B.B.A.W.D.*, vol. 15, 1969, pp. 367-368.

¹⁸ « ... considérant que *Christiani & Nielsen La Haye* est une société anonyme de droit néerlandais ; qu'elle poursuit un but économique déterminé et dispose à cet effet d'une organisation d'éléments personnels, matériels et immatériels ; qu'elle assume, en outre, le risque et la responsabilité des travaux qu'elle exécute ; que les rapports entre la filiale et la société mère sont régis par l'accord examiné ici qui prévoit des obligations à la charge de chacune des deux sociétés et qui ne peut être résilié sans le consentement des deux parties » ; cf. *supra* p. 36.

¹⁹ Le texte du considérant le plus important de la décision est le suivant : « considérant, toutefois, que l'applicabilité de l'article 85 paragraphe 1 du traité suppose, entre les entreprises en cause, l'existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte ; que cette condition n'est pas nécessairement remplie, dans les

La décision *Kodak* illustre une *troisième phase* dans l'attitude de la Commission. L'octroi de l'attestation négative a été motivé ici d'une manière différente. La société de droit américain Eastman Kodak avait donné pour instruction à ses filiales dans le Marché commun de mettre en vigueur des conditions de vente uniformes imposant aux acheteurs directs des filiales (revendeurs) diverses obligations concernant le paiement, le prix et la revente des produits Kodak.

Au sujet de l'identité des conditions de vente des filiales du groupe Kodak, la Commission a constaté d'une part que la société mère américaine possédait un pouvoir de contrôle absolu sur ses filiales et d'autre part qu'elle *faisait un usage effectif de ce pouvoir* en leur adressant des instructions précises²⁰. Les filiales ne disposaient donc d'*aucune indépendance économique* dans les domaines réglés par la société mère. La Commission déduit de cette sujétion complète des filiales que :

« l'identité des conditions de vente des sociétés Kodak du Marché commun résulte d'un accord ou d'une pratique concertée ni entre la société mère et ses filiales, ni entre les filiales elles-mêmes. »

Dans cette décision, c'est essentiellement l'*absence d'indépendance économique* des filiales privées de toute volonté autonome qui justifie la non application de l'article 85 à l'égard de l'identité des conditions de vente.

D. *Le groupe considéré comme entreprise unique : seule explication satisfaisante de la non-application de l'article 85.*

Il s'agit maintenant de démontrer qu'au-delà du texte des considérants à l'appui des attestations négatives *Christiani & Nielsen* et *Kodak*, ces deux décisions constituent en réalité une étape essentielle vers la recon-

rapports entre deux entreprises qui exercent leurs activités dans le même secteur, par la seule constatation de l'existence d'une personnalité juridique pour chacune de ces entreprises ; qu'à cet égard, il est déterminant de savoir, en fonction des éléments de fait, *si une action autonome de la filiale par rapport à la société mère est possible sur le plan économique* ; » (C'est nous qui soulignons.)

²⁰ V. les considérants 11 et 12 de la décision.

« 11. Considérant tout d'abord que, certes, les sociétés Kodak du Marché commun pratiquent des conditions de vente rigoureusement identiques ; mais qu'elles le font *suivant les instructions de leur société mère*, instructions auxquelles elles sont tenues de se conformer ;

12. Considérant que, lorsqu'il est établi, comme c'est le cas, que les sociétés filiales dont il s'agit sont dans la *dépendance exclusive et complète* de leur société mère, et que cette société *exerce effectivement son pouvoir de contrôle* en leur adressant des instructions précises, il leur est impossible de se comporter d'une manière indépendante les unes vis-à-vis des autres *dans les domaines réglés par la société mère* ; » (C'est nous qui soulignons.)

naissance de l'unité du groupe de sociétés par le droit européen de la concurrence.

En ce qui concerne l'affaire *Christiani & Nielsen*, on doit d'abord souligner que dans la première partie de sa décision, la Commission semble admettre la pluralité d'entreprises et la présence d'un accord. Elle estime donc que la première condition d'application de l'article 85 (« accord entre entreprises ») est remplie. Pour empêcher la mise en œuvre effective de l'article 85, la Commission pouvait alors s'engager sur l'une ou l'autre des deux voies suivantes. Soit montrer que les deux autres conditions d'application ²¹ étaient également remplies mais qu'il y avait lieu d'accorder à l'accord une *exemption* selon l'article 85 par. 3 ; soit lui octroyer une *attestation négative* en établissant alors que la deuxième condition d'application, la troisième ou toutes deux n'étaient pas remplies et que par conséquent l'article 85 n'était pas applicable à l'accord intragroupe. C'est cette dernière voie qui a été choisie par la Commission. Pour justifier l'octroi de l'attestation négative, elle devait donc expliquer dans sa décision quelle condition d'application faisait défaut.

La troisième condition, celle de l'affectation du commerce intracommunautaire, est aujourd'hui considérée comme règle de compétence ²² qui fixe le domaine d'application ²³ et non plus comme règle de droit matériel ou règle de fond, ce que sont les deux premières. Elle n'est pas discutée par la Commission dans le texte de cette décision et n'est d'ailleurs pas spécialement concernée par le problème de l'application de la règle de concurrence aux accords intragroupes ²⁴.

Dès lors, le seul moyen pour la Commission de soustraire l'accord intragroupe du domaine de l'article 85 consistait à démontrer que la deuxième condition d'application n'était pas remplie, c'est-à-dire que l'accord n'avait pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du Marché commun. Or, sa démonstration sur ce point n'est pas

²¹ Cf. *supra* p. 44.

²² La Cour dans l'affaire cit. *Société Technique Minière (L.T.M.)*, *Rec.*, 1966, 337, devait déclarer notamment : « que la condition susvisée tend à déterminer, en matière de réglementation des ententes, l'empire du droit communautaire par rapport à celui des Etats. »

Cf. toutefois, R. Joliet, « La coopération entre entreprises selon la jurisprudence de la Commission des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, vol. 5, 1969, pp. 171-177, qui estime que la Commission a montré parfois une certaine tendance à transformer le critère de compétence de la législation communautaire en une condition de fond.

²³ Dans ce sens Braun, p. 79.

²⁴ Forcione, p. 1420, observe justement à propos de cette condition : « whether considered as a substantive or jurisdictional requirement, has nothing to do with the intra-enterprise conspiracy question itself, although intra-enterprise conspiracy doctrine can bear on the scope of jurisdictional exposure. »

convaincante. La Commission ne tend à prouver qu'une seule chose, c'est qu'il n'existe *pas de concurrence entre les parties à l'accord*. Mais il ne s'agit là que de l'un des aspects de la concurrence protégée par l'article 85. En négligeant d'examiner les possibilités de concurrence à l'égard des tiers²⁵ qui sont absolument ignorées dans la décision, la Commission va faire dépendre l'application de l'article 85 de la seule existence d'une concurrence interne alors qu'elle-même ainsi que la Cour de Justice ont formellement écarté ce point de vue à une autre occasion : lorsque l'article 85 a été appliqué aux accords verticaux intervenant précisément entre des entreprises (producteur et concessionnaire exclusif)²⁶ dont l'activité s'exerce à deux paliers différents du circuit économique et qui ne sont dès lors pas en concurrence entre elles²⁷.

Si l'on admet avec une partie importante de la doctrine que la Commission n'a pas fait la preuve que la deuxième condition d'application n'était pas remplie, cela ne conduit pas à estimer que l'attestation négative ne pouvait être octroyée. Le principe de son octroi dans le cas particulier n'a été contesté par personne. En revanche, il apparaît que sa motivation aurait dû être différente. C'est en effet *au niveau de la première condition d'application* que la discussion aurait dû être centrée. La Commission devait indiquer que cet accord intragroupe ne pouvait pas en réalité être considéré comme un « *accord entre entreprises* ».

On peut certes diverger sur le motif précis empêchant qu'il y ait « accord entre entreprises ». Goldman quant à lui voit dans le terme d'« accord » qui exige un « *concours de volonté* »²⁸ la clé du débat. De

²⁵ Il est difficile de savoir si un tel examen aurait conclu à l'existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte par l'accord. La doctrine est divisée sur ce point. Tessin, p. 294, nous paraît, non sans raisons, admettre la présence d'une telle restriction, notamment sur les marchés extérieurs aux Pays-Bas. Par contre Spormann, p. 162, semble d'un avis opposé. Cf. aussi Alexander, p. 27.

²⁶ Le fait que dans le cas de la filiale, la dépendance préexiste à l'accord alors que chez le concessionnaire exclusif la dépendance est le résultat de l'accord n'est pas un argument suffisant pour justifier, *du point de vue économique*, un traitement différent de l'accord avec un négociant indépendant d'une part, et de l'accord intragroupe d'autre part. V. sur ce point *supra* p. 76, notamment la référence à Champaud.

²⁷ V. Goldman, *Droit commercial européen*, p. 276 n° 255.

²⁸ De même dans la doctrine allemande concernant l'article 1 GWB, E. Langen, *Kommentar zum Kartellgesetz*. Neuwied, Luchtenhand, 1965, ad art. 1 Anm. 23 *in fine*, pp. 35-36, estime qu'il manque en tout cas chez la filiale la volonté de s'engager et que les accords intragroupes ne doivent pas être pris en considération par l'art. 1 GWB.

De tels accords n'auraient qu'une valeur déclarative et non constitutive. Langen justifie l'absence d'accord par le fait que l'art. 1 GWB n'est pas une norme de droit civil mais de droit antitrust. Ce dernier, s'apparentant sur ce point au droit pénal, doit être interprété d'une manière essentiellement subjective. V. aussi sur ce point Harms, *Konzerne*, p. 68 et *infra* pp. 202 ss.

même que dans le cas du représentant de commerce, qui ne conserve pas dans ses rapports avec le représenté

« une volonté autonome, si bien que l'exclusivité qui lui est accordée n'est pas un *accord* entre entreprises, »

cet auteur estime à propos de la décision *Christiani & Nielsen* que

« mieux valait justifier la solution par l'impossibilité d'un véritable concours de volontés. » ²⁹

La volonté propre, expression de l'indépendance économique, est une qualité essentielle de l'entreprise ³⁰ en tant que sujet distinct du droit européen de la concurrence. Aussi pourrait-on aller plus loin et suggérer que la première condition d'application de l'article 85 n'était pas remplie parce qu'il manquait l'élément de pluralité d'« entreprises » requis par cette disposition et que l'on était en face d'une entreprise unique formée par le groupe *Christiani & Nielsen*. Cette motivation apparaît plus satisfaisante que celle qui consiste à nier la présence d'accord sans contester l'absence de pluralité d'entreprises.

Bien qu'il soit utilisé dans une disposition du droit de la concurrence, le concept d'« accord » ne peut pas être analysé tout à fait indépendamment des modes d'interprétation propres au droit civil auquel il se rattache au premier chef. Or, quel que soit le degré de dépendance d'une filiale à l'égard de sa société mère, on ne peut nier la possibilité pour cette dernière de passer des *accords* juridiquement valables. Ces accords ou contrats sont conclus entre deux sujets de droit dont l'indépendance juridique est en principe incontestable ³¹. Leur réalité et donc leur validité ³²

²⁹ *Op. cit.*, p. 275 n° 253 et p. 276 n° 255. V. *supra* p. 72.

³⁰ L'élaboration et l'expression de cette volonté suppose que l'entreprise dispose d'un *gouvernement* qui lui est propre. On mesurera plus loin l'importance de cet élément, parmi les éléments constitutifs de l'entreprise, aux fins de l'application des règles de concurrence. V. *infra* pp. 212 ss.

³¹ Même si les tribunaux ont parfois été conduits à nier la personnalité juridique de certaines sociétés contrôlées, il faut admettre qu'en règle générale, sauf en cas d'abus manifeste ou de fraude, la personnalité morale des filiales demeure malgré le contrôle.

Sur ce vaste problème, v. l'ouvrage collectif : *La personnalité morale et ses limites* par S. Bastid, R. David et alii. Paris, L.G.D.J., 1960, 286 p. ; A.A. Berle, « The Theory of Enterprise Entity », *Colum. L. Rev.*, vol. 47, 1947, pp. 343-358 ; E.J. Cohn and C. Simitis, « Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent », *Int'l and Comp. L. Q.*, vol. 12, 1963, pp. 189-225 ; R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*. Berlin, De Gruyter, 1955, 244 p. ; S. Caflisch, *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*. Diss., Zürich, 1961,

ne peuvent être mises en cause que dans des circonstances très exceptionnelles³³. Invoquer la nullité des accords intragroupes, ce qui peut se concevoir dans certains cas sur le plan du *droit civil*, n'apparaît pas le meilleur argument pour justifier leur soustraction à l'empire de l'article 85. C'est bien plutôt sur la qualité de sujet distinct du *droit de la concurrence*, c'est-à-dire d'« entreprise », des filiales entièrement dominées que doit porter l'essentiel de la discussion³⁴.

Paraissant préparer une évolution qui lui semble inéluctable, la Commission dans la plus grande partie de sa décision s'attache à démontrer que le groupe forme en réalité une seule entité économique. Toutefois, puisqu'elle a estimé préalablement être en présence d'un « accord entre entreprises », la Commission n'osant se contredire formellement ne va plus pouvoir faire ensuite allusion à l'*unité d'entreprise du groupe*³⁵. Aussi évoque-t-elle plutôt « l'ensemble économique constitué par le groupe *Christiani & Nielsen* » dont sa filiale néerlandaise est une partie intégrante et insiste-t-elle sur « l'unité de l'organisation économique de la société mère et de la filiale »³⁶. Enfin face à un comportement qui ne

284 p. ; C. de Visscher, « La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1936, pp. 478 ss.

³² Harms, *Konzerne*, p. 68, souligne la « Volle zivilrechtliche Wirksamkeit » du contrat intragroupe. De même v. *infra* p. 98 l'opinion de Focsaneanu. Sur la théorie qui voudrait qu'en l'absence de volonté propre de tels accords soient en réalité des décisions de la société mère, v. en droit suisse J. Jäggi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht*. Zürich, Schulthess, 1968, ad Art. 1, OR, p. 155 n° 24.

Cf. Vanhaecke, p. 315 ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., I, p. 280, qui voit dans le contrat la rencontre, le heurt de deux volontés opposées et la recherche d'un équilibre entre des intérêts contraires.

³³ Sur les conditions de validité du « contrat avec soi-même » et leur application aux contrats intragroupe, v. Rodière, pp. 75 ss. ; Philonenko, « Observations au sujet de la validité des engagements conclus entre une société et son actionnaire majoritaire », *Journal des sociétés*, 1948, pp. 106-107.

Pour les solutions en droit allemand (« Selbstkontrahieren ») et en droit italien (« auto contratto », v. les références cit. par Gegout, p. 207, et Vanhaecke, p. 230).

En ce qui concerne le droit américain (« self-dealing ») et la notion de « fiduciary duty » de l'actionnaire majoritaire, v. l'Arrêt *Getty Oil Company v. Skelly Oil Co.*, 267 A. 2d 883 (Del. Supr. 1970).

³⁴ V. *infra* pp. 110-114.

³⁵ Elle est donc plus prudente que la Cour de Justice dans son Arrêt *Grundig*, lorsque celle-ci qualifie les rapports entre le représentant commercial et son représenté. On a vu qu'elle admet alors qu'il s'agit d'une « entreprise unique » malgré la personnalité juridique distincte du représentant. V. *supra* p. 77.

³⁶ La Commission n'ose pas encore faire coïncider « entreprise » unique et groupe de sociétés. Aussi se contente-t-elle d'exprimer cette même idée en ayant recours à des expressions plus vagues telles qu'unité, entité ou ensemble éco-

pourrait pas être qualifié autrement que d'*accord de répartition des marchés* si l'on était en présence de deux entreprises distinctes, la Commission conclut qu'il ne s'agit ici que d'une « répartition des tâches à l'intérieur d'une même entité économique ».

En réalité, la Commission entend bien juger la société qui crée des filiales pour des considérations de gestions, d'une manière analogue à celle qui opère au moyen de succursales, d'agences ou de représentants de commerce. Dans toutes ces hypothèses, il s'agit en fait d'« une entreprise unique intégrant à ses propres services son propre réseau de distribution » et l'accord intragroupe doit bénéficier du principe rappelé par la Cour selon lequel

« le traité a voulu par l'article 85, respecter l'*organisation interne de l'entreprise*... »³⁷

La motivation de l'octroi de l'attestation négative *Kodak* n'a pas suscité dans la doctrine les mêmes réserves que celles de la première décision rendue par la Commission dans ce domaine. Car la Commission n'a pas ici fait intervenir une absence de restriction à la concurrence pour expliquer la soustraction de l'identité des conditions de vente appliquées par les filiales *Kodak* du domaine de l'article 85. Cette soustraction apparaît aux yeux de la Commission causée plus simplement par l'inexistence même de tout accord ou pratique concertée.

La Commission n'est à même de faire une telle constatation que dans la mesure où elle voit dans le groupe *Kodak* une *entreprise unique*. Pour justifier cette analyse de l'attitude de la Commission, on va mettre en lumière d'une part l'aboutissement d'un raisonnement ignorant l'unité économique du groupe de sociétés, et d'autre part celui de la Commission qui place cette unité au premier plan.

Dans le premier cas, on méconnaît le rôle de la société mère et l'on considère les filiales *Kodak* comme autant d'« entreprises » distinctes. Il faut alors semble-t-il reconnaître nécessairement qu'il y a en l'espèce pré-

nomique. On retrouve une formulation analogue dans la doctrine du droit antitrust américain.

V. J.J. Brennan, « The Sherman Act and Multi-corporate Single-traders : Competition among Affiliates », *U.Pa.L.Rev.*, vol. 100, 1952, p. 1007 : « 'Economic Unit' is a necessarily nebulous expression but does convey an idea that is workable with relation to specific examples... A variety of phrases have been evoked in an effort to define the thought : 'single trader', 'joint venture', 'joint enterprise', 'single enterprise', 'enterprise entity', 'community of interest'. ... The core of the thought is *centralized management or control representing one business despite corporate structures* — a familiar phenomenon in our present economy. » (C'est nous qui soulignons.)

³⁷ V. *supra* p. 77.

sence d'un « accord ou d'une pratique entre entreprises ». Focsaneanu ³⁸, qui critique la Commission sur ce point, a démontré que si l'on ne reconnaît pas un *intérêt du groupe de sociétés* distinct de celui de ses membres et que l'on ne tient compte que des règles traditionnelles du droit des sociétés telles qu'elles sont encore en vigueur dans plusieurs pays membres, alors les sociétés filiales continuent d'être titulaires d'une volonté juridique autonome, malgré les procédures de coordination et de recommandation pratiquées à l'intérieur du groupe. Juridiquement, les dirigeants des filiales conservent toujours la faculté de refuser l'application des directives ou recommandations de la société mère si celles-ci leur paraissent illicites ou inopportunes ³⁹. Si toutefois ces dirigeants décident d'accepter et d'appliquer une directive ou une recommandation, telle que l'application de conditions de vente uniforme, c'est qu'ils consentent librement d'exécuter ces actes émanant de la société mère. Or, conclut Focsaneanu :

« leur consentement vaut accord, ne fut-il que tacite, entre société mère et filiale. La traduction dans les faits de cet accord constitue, de toutes façons, une pratique concertée. » ⁴⁰

C'est une attitude toute différente qui est adoptée par la Commission dans la décision *Kodak* dans la mesure où elle prend le parti de reconnaître l'unité économique du groupe de sociétés ⁴¹ en légitimant son pou-

³⁸ V. L. Focsaneanu, « Concurrence et groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Kodak », *Rev. M.C.*, 1970, pp. 512-519. Cet auteur reflète les vues du droit français en matière de droit de sociétés qui est moins avancé que le droit allemand en ce qui concerne la reconnaissance de l'intérêt du groupe et toutes les conséquences qui en découlent pour sa gestion.

³⁹ La décision *Pittsburgh Corning Europe* du 23 novembre 1972, *J.O.C.E.*, n° L 272/35 du 5.12.1972, révèle clairement l'attitude de la Commission en ce domaine lorsqu'elle est en face de *deux entreprises distinctes*. Le seul fait pour un concessionnaire de consentir, tacitement, à la mise en œuvre de conditions de vente prescrites par un producteur lorsqu'elles ont des effets restrictifs de concurrence est constitutif de pratiques concertées. Ecartant l'argument portant sur la crainte d'une résiliation du contrat de concession, la Commission déclare : « ... mais que cette crainte, quel qu'en ait été le bien-fondé, ne saurait priver de sa portée juridique le consentement tacite effectivement donné ni le concours fourni par Hertel... que d'ailleurs s'il était suivi, le raisonnement de Hertel amènerait notamment à renoncer à l'application de l'article 85 à la quasi totalité des conditions de vente imposées par les concédants aux concessionnaires dans le marché commun... »

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 515.

⁴¹ Bien que chacun ait leur propre finalité et mode d'interprétation, le droit des sociétés et le droit antitrust peuvent à propos du phénomène des groupes de sociétés s'influencer respectivement dans une certaine mesure. (Cf. *infra* pp. 172 ss.)

Ainsi, il n'est pas douteux que le point de vue de la Commission dans la décision *Kodak* ait été marqué par les solutions du droit allemand des groupes de sociétés qui a lui-même influencé les travaux communautaires en ce domaine. L'on sait le rôle de pionnier que le droit allemand a joué dans le sens d'une

voir de donner des instructions impératives aux filiales. Privées d'*indépendance économique* parce qu'elles sont dans la dépendance exclusive et complète ⁴² de leur société mère, des filiales ne peuvent pas dans ces conditions être des sujets propres du droit de la concurrence ⁴³ au même titre que par exemple des concessionnaires indépendants. La Commission méconnaît la personnalité juridique distincte des filiales. Leur indépendance juridique est ignorée parce que purement formelle et sans contenu réel. Ces sociétés sont traitées comme des succursales ⁴⁴, incapables de volonté propre.

La décision *Christiani & Nielsen* et plus encore la décision *Kodak* révèlent que c'est la reconnaissance de la réalité économique du groupe de sociétés considéré comme entreprise unique qui permet à la Commission de justifier la non-application de l'article 85 à certaines pratiques restrictives qui sont le fait de sujets de droit économiquement dépendants.

On pourrait s'inquiéter des conséquences d'un raisonnement qui conduirait à ne pas voir d'« accords entre entreprises » toutes les fois qu'une politique de la direction centrale du groupe empêche des initiatives indépendantes des sociétés qui en sont membres. Critiquant à ce propos le raisonnement de la Commission dans sa décision *Kodak*, Alexander constate avec raison que des entraves aux activités commerciales de tiers ne dépendent pas nécessairement du degré de liberté reconnue par une société mère à ses filiales ⁴⁵. Il serait par exemple choquant qu'un groupe puisse

prise en considération de la réalité du groupe de sociétés. En échange de certaines garanties consenties aux actionnaires minoritaires des filiales (« actionnaires libres ») comme aux créanciers et tiers, la société mère de certains types de Konzern se voit, sous diverses conditions, reconnaître formellement le droit de donner des instructions et directives à ses filiales. Il y a là une atteinte importante à la personnalité et à la volonté propre des filiales qui est tolérée pour des motifs supérieurs tenant notamment à l'efficacité de gestion des groupes de sociétés.

⁴² Cf. *supra* p. 92 note 20, considérant n° 12 de la décision.

⁴³ Cette constatation fondamentale sera par la suite approfondie et nuancée. A ce stade de l'exposé il faut déjà relever que dans la décision *Kodak*, l'impossibilité pour les filiales d'être considérées par la Commission comme sujet autonome capable d'être partie à une entente visée par l'article 85, résulte d'une triple constatation :

1. Existence d'un pouvoir de contrôle détenu par la société mère.
2. Exercice effectif de ce pouvoir de contrôle (cf. *infra* pp. 220 ss.).
3. Coïncidence entre les domaines réglés par la société mère et ceux dans lesquels se situe la pratique susceptible d'être visée par l'article 85 (cf. *infra* pp. 224 ss.).

⁴⁴ Qualifiant le point de vue de la Commission, Focsaneanu, p. 515, constate qu'« il revient, en somme, à dépersonnaliser les sociétés filiales en les considérant comme des succursales déguisées de la société mère ».

⁴⁵ Alexander, p. 26.

échapper à l'application de l'article 85 en arguant de sa qualité d'entreprise unique alors qu'il aurait par hypothèse procédé à un cloisonnement des marchés des pays de la Communauté au moyen de marques appartenant à diverses sociétés membres de ce groupe ⁴⁶.

Une telle crainte ne paraît pas vraiment fondée. En effet, dans la mesure où il tirerait ainsi parti de sa *diversité* sur le plan juridique, il est douteux qu'un tel groupe puisse être considéré comme *entreprise unique*. Si la personnalité juridique distincte des filiales est expressément utilisée pour des fins de restriction de la concurrence, alors on doit admettre qu'il y a coïncidence entre la notion d'entreprise et celle de sujet de droit ⁴⁷. Il ne devrait pas alors s'agir d'un cas où la *présomption* ⁴⁸ de pluralité d'entreprises que fait peser sur le groupe sa diversité juridique peut être renversée afin d'établir sa qualité d'entreprise unique aux fins de l'application de l'article 85.

§ 2. ABSOLUTION DES FILIALES ET CONDAMNATION DE LA SOCIÉTÉ MÈRE, REPRÉSENTANTE DE L'ENTREPRISE UNIQUE FORMÉE PAR LE GROUPE.

Un autre exemple de prise en considération du groupe comme entreprise unique est donné par la décision *Matières colorantes* ⁴⁹ du 24 juillet 1969. Des hausses simultanées de prix étaient intervenues chez plusieurs sociétés dans la chimie européenne, notamment chez les filiales de sociétés mères ayant leur siège en dehors du Marché commun. Bien que ces filiales aient participé en tant qu'instrument à ces hausses simultanées, la Commission n'a pas estimé que les filiales étaient les sujets coupables de la violation de la règle de concurrence. Elle justifie ce point de vue en insistant sur le fait que les sociétés mères (producteurs) avaient adressé à leurs filiales des ordres de hausse de caractère impératif et

« qu'en conséquent, c'est bien aux producteurs et non pas à leurs filiales ou représentants qu'il y a lieu d'imputer les pratiques concertées ; » ⁵⁰

⁴⁶ On sait que, dans certains Etats membres de la CEE, le droit des marques permet au titulaire de la marque de s'opposer à la revente de produits écoulés régulièrement sous cette marque par une autre personne physique ou morale.

⁴⁷ Alexander, p. 25 observe à ce propos que le concept de personne physique ou morale est décisif : « dans les cas où l'existence de personnalités distinctes permet à une société d'invoquer des règles de droit national en vue d'entraver des activités commerciales de tiers. »

⁴⁸ V. sur ce point *infra* p. 66.

⁴⁹ *J.O.C.E.*, n° L 195, p. 11, du 7 août 1969. Sur les arrêts rendus par la Cour de Justice le 14 juillet 1972 sur cette même affaire, v. *infra* pp. 126 ss.

⁵⁰ Déc. *cit.* p. 13 *in fine*.

Comme dans sa décision *Kodak*, la Commission est de l'avis qu'en présence d'une *entreprise unique*, l'article 85 doit en quelque sorte ignorer les auxiliaires auxquels elle peut avoir recours. Ceux-ci sont étroitement soumis à l'entreprise qui leur donne des instructions impératives. Aussi ces auxiliaires ne sont-ils pas des « entreprises » distinctes. Cette attitude fondamentale s'impose de la même façon si de tels auxiliaires n'ont pas de personnalité juridique distincte (succursale) ou s'il s'agit de sujets de droit juridiquement indépendants (représentant, filiale).

A propos de la notification des décisions dont les destinataires sont les sociétés mères, la Commission rappelle que conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, la notification est effectuée dès lors que la décision est régulièrement entrée dans la « sphère interne » du destinataire. Elle en déduit :

« que les filiales des entreprises Ciba, Geigy, Sandoz et I.C.I., dans le marché commun qui sont entièrement contrôlées par leur maison mère, font partie de la 'sphère-interne' des quatre entreprises précitées ; que dès lors, la notification à ces entreprises peut être valablement effectuée au siège d'une de ces filiales. » ⁵¹

La Commission paraît utiliser le terme entreprise pour désigner chaque fois le groupe de sociétés, pris comme ensemble économique, et non pas la filiale ou la société mère. Il est question d'« entreprises » alors qu'il s'agit bien des groupes Ciba, Geigy, Sandoz et I.C.I. agissant par l'intermédiaire de sociétés, personnes juridiques membres de ces groupes, soit simple exécutant comme la filiale, soit unité de contrôle et donneuse d'ordres comme la société mère.

Répondant à une question écrite devant le Parlement européen⁵², la Commission a donné une explication montrant qu'elle estime bien que ce sont les « entreprises étrangères » elles-mêmes qui ont agi à l'intérieur de la Communauté. Le sujet de la règle de concurrence est donc le groupe de sociétés en tant qu'« entreprise unique » et non pas la filiale. Pourtant les diverses filiales en cause constituaient chacune des sujets de droit selon leur droit national et elles se sont effectivement livrées aux opérations de hausse simultanée. Une seule explication peut être donnée à cette surprenante absolution. Chaque filiale, étant obligée de suivre les instructions

⁵¹ Déc. cit. p. 16. La Commission se réfère à un arrêt de la Cour de Justice rendu le 10 décembre 1957 dans l'aff. 8-56, à propos du Traité CECA.

⁵² Réponse du 29 octobre 1970 à la question écrite n° 218/70 de M. Glinne, J.O.C.E., n° C 138/8 du 18.11.1970. « La Commission défend essentiellement le point de vue selon lequel les *entreprises étrangères* en cause ont *elles-mêmes* agi à l'intérieur de la Communauté en donnant à leurs filiales ou représentants des instructions obligatoires sur les majorations de prix. »

de la société mère, ne disposait pas de l'*indépendance économique* que le droit de la concurrence exige de ses sujets directs, c'est-à-dire les « entreprises »⁵³.

Comme cela a été justement relevé dans la doctrine⁵⁴, la décision *Continental Can*⁵⁵ du 9 décembre 1971 va encore plus loin que la décision *Matières colorantes* sur la voie de la personnalisation des groupes de sociétés et de leur responsabilité collective⁵⁶.

La société américaine d'emballages Continental Can Compagny, New York (Continental) est en 1970 seule actionnaire de sa filiale Europemballage à Wilmington, Delaware. Cette dernière détient à son tour 86 % du capital de la société allemande Schmalbach Lubeca Werke AG (S.L.W.). La Commission impute à Continental la position dominante exercée par S.L.W. et Europemballage. L'exploitation abusive de la position dominante réside dans le fait de l'achat par Europemballage de la majorité (80 %) des actions de la société hollandaise Thomassen et Drijver Verblifa N.V. (T.D.V.).

De même que dans sa décision *Matières colorantes*, la Commission n'adresse pas la décision aux filiales de Continental mais à cette société mère elle-même en tant que responsable de leur comportement. La décision déclare sur ce point :

« que, étant le seul actionnaire d'Europemballage, lequel détient 85 % du capital de S.L.W., Continental contrôle ces deux entreprises ; qu'il y a donc lieu de lui imputer le comportement de celles-ci. »

En revanche, l'imputation n'est pas justifiée de la même manière dans les deux décisions.

La Commission dans la décision *Matières colorantes* insiste sur le fait que les sociétés mères ont elles-mêmes adressé des *ordres de hausses* revê-

⁵³ A aucun moment d'ailleurs le texte de la décision ne parle des filiales en les qualifiant d'« entreprises ».

⁵⁴ Dans ce sens L. Focsaneanu, « L'article 86 du Traité de Rome et la décision 'Continental Can Company' de la Commission de la CEE », *J.C.P.*, I, 1972, 2452 n° 34.

V. aussi sur cette décision les commentaires de A. Bienaymé, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 8, 1972 ; pp. 65-75 ; J. Guyenot, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 91, 1972 ; pp. 155-175 ; J. Loyrette, *Bus. Law.*, vol. 27, 1972 ; pp. 531-541 ; R. Saint-Esteben, *Clunet*, vol. 99, 1972 ; pp. 249-266 ; E. Cerexhe, *Cah. dr. eur.*, vol. 8, 1972 ; pp. 272-298.

⁵⁵ *J.O.C.E.*, n° L 7/25 du 8 janvier 1972. Les enseignements de la décision *Continental Can* pour la présente étude ne sont en rien diminués à la suite de son annulation par l'arrêt de la Cour du 22 février 1973. V. *infra* p. 130.

⁵⁶ Pour l'instant, on ne s'attachera qu'au phénomène de l'imputation des actes de la filiale à la société mère sans se préoccuper de l'influence de la personnalisation du groupe en tant que moyen de réunir les conditions d'application de l'article 86, aspect de la décision qui sera l'objet du prochain paragraphe.

tant un caractère *impératif* à leurs filiales. Aussi, bien que ce soit les filiales qui, en tant qu'instruments, ont pratiqué simultanément les hausses, on doit admettre dans cette affaire une *participation directe* des sociétés mères aux pratiques concertées répréhensibles ⁵⁷.

Certains commentateurs ont relevé que dans la décision *Continental Can*, la Commission n'a pas établi une participation directe de la société mère aux actes incriminés. Critiquant cette décision, Focsaneanu estime que la Commission impute automatiquement à la société mère les actes et comportements de sa filiale du seul fait de la détention d'un pouvoir de contrôle dans une société filiale grâce à la propriété du capital actions. En réalité, l'analyse en profondeur de la décision révèle bien que si la Commission n'a effectivement pas fait allusion à une participation de la société mère au comportement abusif, elle n'en a pas moins été sensible au fait que toute l'opération a bien été coordonnée par Continental Can ⁵⁸.

§ 3. LA DÉTENTION D'UNE POSITION DOMINANTE ET SON EXPLOITATION ABUSIVE PAR DES SUJETS DE DROIT DISTINCTS MAIS PAR UNE ENTREPRISE UNIQUE.

La décision *Continental Can* ne peut être comprise et admise que si la réalité économique du groupe est prise en considération. Au delà des personnalités juridiques distinctes, on doit alors reconnaître comme sujet de la règle de concurrence ⁵⁹ — c'est-à-dire comme « entreprise » — une réalité originale qu'il n'est pas possible d'identifier à un sujet de droit « préexistant » ⁶⁰. Telle apparaît bien la conséquence de la démarche suivie par la Commission. Cela ressort du raisonnement « *a contrario* »

⁵⁷ Dans ce sens Focsaneanu, n° 34 b.

⁵⁸ V. sur ce point *infra* p. 234.

⁵⁹ C'est à dessein qu'à ce stade de l'exposé, l'expression encore peu précise de « sujet de la règle de concurrence » est employée. On verra par la suite que la reconnaissance de l'« entreprise » comme notion autonome par le droit européen de la concurrence n'étant qu'ébauchée, cette expression désigne en fait deux éléments : d'une part, le *groupe* pris dans son ensemble, comme sujet matériel du droit de la concurrence et auteur réel de l'infraction ; d'autre part, la *société mère* en tant que responsable de l'infraction qui lui est imputée. A ce titre, la société mère — sujet formel du droit de la concurrence — n'est pas en réalité l'« entreprise » mais plutôt son représentant dans un ordre juridique communautaire insuffisamment développé pour reconnaître déjà une réalité qui n'est pas personnifiée.

⁶⁰ Le qualificatif de « préexistant » est utilisé pour indiquer qu'il s'agit d'un sujet de droit auquel une personnalité juridique a été conférée par un ordre juridique national. On ne doit pas confondre ce sujet de droit avec celui que pourrait devenir un jour l'entreprise en tant que notion autonome si elle-même était reconnue par le droit communautaire.

démontrant que la construction juridique échafaudée dans la décision s'effondre dès lors que l'on s'en tient à la seule indépendance juridique découlant de la personnalité morale et que l'on refuse tout effet au phénomène du groupe.

A. *Identité entre l'entreprise exploitant la position dominante et celle qui commet l'abus.*

Contrairement au texte de l'article 85, l'article 86 n'exige pas comme première condition d'application la présence de plusieurs entreprises. Ce sont une ou plusieurs entreprises qui doivent se livrer à un comportement remplissant certaines conditions⁶¹ pour que l'article 86 soit applicable. C'est le même sujet — entreprise unique ou pluralité d'entreprises — qui doit remplir la deuxième et la troisième condition d'application pour que l'article 86 s'applique si, par ailleurs, le comportement incriminé a pour effet d'affecter le commerce intracommunautaire. Lorsqu'une seule entreprise détient une position dominante, elle est soumise à l'article 86 dès lors qu'elle abuse de cette position. Tout abus *causé* par une position dominante constitue un abus de position dominante, même si l'abus n'est pas la *conséquence directe* de l'exploitation de la position dominante⁶². Par contre, une entreprise ne peut évidemment pas abuser d'une position dominante qui serait exercée par une autre entreprise⁶³.

Pour le cas où l'article 86 est appliqué à plusieurs entreprises, il suffit que les entreprises *exercent* ensemble une position dominante, il n'est pas nécessaire qu'elles *exploitent* ensemble⁶⁴. En effet, l'abus n'est pas nécessairement le fait d'une pratique concertée⁶⁵. En revanche, la condition de l'exploitation abusive doit être remplie par *toutes* les entreprises qui détiennent la position dominante. *Chacune* d'entre elles doit participer à l'abus. Si l'une des entreprises en position dominante n'est pas mêlée au comportement qui est constitutif de l'exploitation abusive, deux solutions doivent alors être distinguées.

Dans un premier cas, l'article 86 ne s'appliquera qu'aux autres entreprises parce qu'elles sont à elles seules suffisamment importantes pour satisfaire au critère de la détention d'une position dominante. Seule échappera à l'article 86, l'entreprise qui n'a pas participé à l'abus.

⁶¹ V. *supra*, p. 45, les quatre conditions d'application de l'article 86.

⁶² Dans ce sens J.P. Dubois, *La position dominante et son abus*. Paris, Librairies Techniques, 1968, p. 225.

⁶³ Saint-Esteben, p. 253, note justement : « Il est tout d'abord évident qu'au sens de l'article 86, *seule l'entreprise en position dominante* peut exploiter celle-ci de façon abusive. »

⁶⁴ A. Deringer, « Les règles de concurrence au sein de la CEE », *Rev. M.C.*, 1963, p. 492.

⁶⁵ Dans ce sens Dubois, p. 177.

En revanche, dans un deuxième cas, le fait d'exclure de l'application de l'article 86 l'une des entreprises en cause pour défaut de réalisation du critère de l'abus, pourra avoir pour conséquence que ne subsisteront comme éventuelles coupables qu'une ou plusieurs autres entreprises moins importantes, dont la ou les positions sur le Marché commun, ou dans une partie substantielle de celui-ci, ne seront plus jugées suffisantes à elles seules pour pouvoir être qualifiées de dominantes. Dans cette seconde hypothèse, l'article 86 ne peut plus être appliqué du tout.

B. *Rôles respectifs des sociétés Continental, S.L.W. et Europemballage dans la réalisation des conditions d'application de l'article 86.*

Dans l'affaire Continental Can, il faut soigneusement distinguer le rôle et le comportement de chacune des trois sociétés qui interviennent à un titre ou à un autre dans la mise en œuvre de l'article 86. Elles ont toutes une personnalité morale distincte et paraissent formellement constituer « des entreprises au sens de l'article 86 du traité »⁶⁶ selon l'un des premiers considérants du texte de la décision. La Commission donne par là l'impression en réalité trompeuse de vouloir ainsi réaffirmer l'identité « entreprise — sujet de droit ».

I. *Continental.*

Cette société ne fait que détenir l'intégralité des actions de Europemballage qui elle-même contrôle la société allemande S.L.W. Personne juridique de droit américain, Continental n'a pas directement d'activité sur le Marché commun. Elle n'est matériellement pas en mesure d'exercer une position dominante dans la CEE ni par conséquent de l'exploiter abusivement à moins de la rendre, par le procédé de l'imputation, responsable du comportement des sociétés dont elle est propriétaire. C'est ce qu'a fait la Commission qui rend Continental seule *responsable* de l'infraction à l'article 86 et seule *destinataire* de la décision⁶⁷. Sans remplir matériellement en tant qu'« entreprise — sujet de droit » toutes les quatre conditions d'application de l'article 86, cette société est en définitive seule visée par la Commission.

II. *S.L.W.*

Examinant la deuxième condition d'application, soit la détention d'une position dominante, la Commission indique que *Continental détient en*

⁶⁶ Déc. *cit.*, considérant n° 2.

⁶⁷ Article 3.

Allemagne une position dominante. Pour parvenir à justifier ce point de vue, elle précise que :

« cette position dominante résulte des parts que sa filiale S.L.W. détient sur les différents marchés partiels du secteur de l'emballage léger et de l'importance économique, financière et technique du groupe. » ⁶⁸

Ainsi, la position dominante attribuée à Continental résulte de l'addition des situations propres à deux entités : tout d'abord les parts de sa filiale S.L.W., ensuite l'importance du groupe dont Continental est la société mère. La Commission va se livrer à une analyse détaillée des divers éléments qui lui permettent de conclure à la présence d'une position dominante. Certaines constatations se rapportent au rôle joué par le groupe Continental ⁶⁹. D'autres visent particulièrement la position dominante détenue par S.L.W. ⁷⁰. En définitive, quel qu'ait été le rôle joué par les premiers dans la formation de l'opinion de la Commission, celle-ci ne retient que les seconds comme éléments constitutifs certains d'une position dominante. Elle observe en effet :

« Considérant que, en définitive, on peut conclure de ce qui précède que Continental détient en tout cas pour les produits mentionnés aux considérants 5, 6 et 7 supra, une position dominante à l'intérieur du marché commun... » ⁷¹

Dès lors, il faut admettre que formellement la position dominante est détenue par une seule « entreprise — sujet de droit », c'est-à-dire S.L.W.

III. *Europemballage.*

Le fait constitutif de l'exploitation abusive est l'achat par la société *Europemballage* ⁷² de la majorité (80 %) des actions de la société hollandaise T.D.V. ⁷³. La décision quant à elle fait allusion à « l'acquisition par

⁶⁸ Considérant n° 4.

⁶⁹ V. considérants n°s 4, 9-10, 12-19.

⁷⁰ V. considérants n°s 5-8 et 11.

⁷¹ Considérant n° 21.

⁷² V. Bienaymé, p. 67.

⁷³ On peut rapporter sur ce point le commentaire suivant de Saint-Esteben, p. 254 : « Ainsi l'acte abusif n'a pas été effectué, ni par l'entreprise C.C., ni par l'entreprise S.L.W., mais par une troisième (E.A.) : or, seuls C.C. et S.L.W. sont en position dominante : le refus de considérer le groupe comme une entreprise unique conduit la Commission à une impasse dont elle ne peut sortir qu'en imputant à C.C. l'acte de sa filiale E.A. »

Saint-Esteben nous paraît trop opposer la prise en considération du groupe comme entreprise unique d'une part, et le phénomène de l'imputation à la société mère d'autre part. Il s'agit là de deux stades d'une même démarche visant à saisir au plus près la réalité économique.

Continental » ⁷⁴ de l'entreprise T.D.W.. Par là, la Commission impute automatiquement à Continental un acte qui *juridiquement* est le fait de sa filiale à 100 % Europemballage. S'agissant de démontrer l'exercice de la position dominante, la Commission fait preuve de plus de circonspection. Elle indique expressément que la détention par Continental résulte des parts détenues par S.L.W. Référence est ainsi faite au rôle d'intermédiaire ou de relais joué par S.L.W. ⁷⁵. En revanche, pour expliquer le rôle de Continental dans l'acquisition de T.D.V., la Commission fait passer tout à fait au second plan la société Europemballage. Juridiquement, celle-ci est pourtant bien l'auteur du comportement jugé abusif soit l'achat des 80 % du capital de T.D.V.. L'attitude de la Commission revient en somme à dépersonnaliser la société Europemballage puisqu'elle n'est qu'un simple *auxiliaire* mis sur pied par Continental en vue de l'opération envisagée.

C. *Reconnaissance du groupe de sociétés comme entreprise unique aux fins de l'application de l'article 86.*

C'est la reconnaissance de la qualité d'entreprise unique du groupe qui permet la mise en œuvre effective de l'article 86. Cette conclusion s'impose à la suite de la décision *Continental Can* et aussi d'une autre décision plus récente.

D'une part, l'article 86 exige pour être appliqué que la même entreprise ou que le même groupe d'entreprises exercent une position dominante et en abusent. D'autre part, la décision *Continental Can* révèle qu'une « entreprise — sujet de droit » est le destinataire de la décision (la société mère Continental), qu'une autre exerce la position dominante (la sous-filiale S.L.W.), et qu'enfin une troisième réalise le comportement constitutif de l'abus (la filiale Europemballage).

Ces deux constatations font apparaître qu'il n'est pas possible d'envisager une application de l'article 86 dans l'affaire *Continental Can* si l'on ne tient compte de la réalité économique représentée par le groupe de sociétés et si l'on maintient strictement le principe « autant de sujets de droit, autant d'entreprises distinctes » ⁷⁶. Le seul moyen de sortir de l'impasse est de traiter le groupe de sociétés Continental comme une entreprise unique. Alors seulement l'application de l'article 86 apparaît justi-

⁷⁴ V. considérants n°s 24 et 29.

⁷⁵ Cette précaution s'explique probablement pour la raison que S.L.W. n'est qu'une sous-filiale de Continental Can et que la société mère du groupe ne détient, indirectement, que 85 % des actions de S.L.W.

⁷⁶ Cf. *supra* p. 39 et *infra* p. 255 note 26.

fiée⁷⁷. Le *groupe de sociétés* a violé l'article 86. Il détient une position dominante par l'intermédiaire de sa sous-filiale S.L.W. et en a abusé en faisant acheter par sa filiale Europemballage la majorité des actions de T.D.C.. La décision vise le groupe mais est notifiée à la société mère en tant que responsable des activités de ses membres et représentant de tout l'ensemble économique⁷⁸.

Dans une décision *ZOJA* du 14 décembre 1972, la Commission a affirmé plus nettement la qualité d'entreprise unique du groupe de sociétés aux fins de l'application de l'article 86⁷⁹. Le texte de la décision *Continental Can*, sous le titre « A. Entreprise en cause »⁸⁰ énonce en quelques lignes la théorie de l'imputabilité des actes de S.L.W. et d'Europemballage à Continental. C'est à partir de cette affirmation de la Commission qu'on a pu déduire la prise en considération du groupe Continental comme *entreprise unique*. Une année après cette décision, la Commission réaffirme d'éclatante façon sa position sur l'unité du groupe. De manière détaillée, sous le titre « A. Applicabilité de l'article 86 conjointement aux sociétés C.S.C. et I.C.I. considérées comme un groupe »⁸¹, elle démontre que la société mère américaine C.S.C. détient le pouvoir de contrôle sur sa filiale italienne I.C.I. puisqu'elle détient 51 % de son capital social ce qui lui permet

« d'exercer en permanence une action déterminante sur la formation de la volonté sociale et donc sur la gestion d'I.C.I. ... »

Mais la société mère ne fait pas que *détenir* un pouvoir de contrôle sur sa filiale, elle *l'exerce effectivement*⁸². La Commission estime dès lors qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la volonté et les actes de C.S.C. et ceux d'I.C.I.. Cela l'amène à la conclusion suivante dont on doit souligner l'importance dans l'optique de la présente étude :

« ... il convient de traiter les sociétés C.S.C. et I.C.I. comme ne formant, dans leurs relations avec ZOJA, et aux fins de l'application de l'article 86, *qu'une seule et même entreprise* ou entité économique... »⁸³

⁷⁷ Ne sont évidemment envisagés ici que les problèmes reliés directement à la notion d'entreprise. On n'abordera donc pas les autres questions qui ont conduit certains auteurs à critiquer la décision, et la Cour de Justice à la réformer. V. *infra* p. 130.

⁷⁸ V. *infra* pp. 162-165.

⁷⁹ J.O.C.E., n° L 299/51 du 31.12.1972.

⁸⁰ V. p. 35 de la décision.

⁸¹ Déc. *cit.*, p. 54.

⁸² Sur ces deux stades du contrôle, v. *infra*, pp. 220-223.

⁸³ Déc. *cit.*, p. 54 (c'est nous qui soulignons). Après que ces lignes aient été écrites, la Cour de Justice a confirmé le point de vue de la Commission. V. C.J.C.E., Arrêt *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvent Corporation c/ Commission*, aff. 6 et 7/73, 6 mars 1974 (pas encore publié), cons. 35-40.

C'est parce qu'il forme une seule et même entreprise que le groupe C.S.C. — I.C.I. est condamné pour violation de l'article 86 et se voit affligé une très lourde amende assortie d'astreintes. Formellement, la décision est notifiée à ses deux composantes dotées de la personnalité juridique, soit la société mère C.S.C., New York, et sa filiale I.C.I., Milan. Mais sur le fond du droit, c'est l'entreprise unique C.S.C. — I.C.I. qui est sujette de la règle de concurrence. C'est elle qui s'est rendue matériellement coupable de la violation de l'article 86. En effet, tout raisonnement qui vise à ne prendre en considération que les personnalités juridiques distinctes des membres du groupe ne peut conclure qu'à la non-application de l'article 86. C'est C.S.C. qui jouit d'un monopole mondial pour la production et la vente de la matière première indispensable pour la production du produit principal fabriqué par le demandeur ZOJA, victime des agissements du groupe C.S.C. — I.C.I. C.S.C. détient une position dominante pour cette matière première notamment dans le Marché commun. Or c'est sa filiale italienne I.C.I. qui en cessant brusquement de livrer à ZOJA la matière première dont elle avait besoin a réalisé l'acte essentiel constitutif de l'exploitation abusive. Comme pour la décision *Continental Can*, c'est en mettant en relation la puissance de C.S.C. avec le comportement de I.C.I., agissant sur les ordres de C.S.C. dont il est en fait entièrement dépendant, que la Commission parvient à prouver l'exploitation abusive d'une position dominante par une seule et même entreprise constituée par le groupe de sociétés.

Dans sa décision *ZOJA*, la Commission déclare de manière plus claire que lors de ses précédentes prises de position qu'un groupe de sociétés doit être traité comme *une seule entreprise*. On doit toutefois relever que les termes, utilisés dans l'extrait ci-dessus de la décision, sont l'expression d'une attitude prudente. La Commission limite doublement la portée de son octroi de la qualité d'entreprise au groupe C.S.C. — I.C.I.. Il ne doit apparaître comme entreprise unique *qu'en ce qui concerne ses relations avec ZOJA* d'une part, et *qu'aux fins de l'application de l'article 86* d'autre part. Il est donc possible d'imaginer *d'autres situations*, en vue *d'autres fins*, où ce groupe de sociétés serait éventuellement traité comme une pluralité d'entreprises.⁸⁴

⁸⁴ Au cours du chapitre VI, on aura l'occasion d'examiner l'aspect limité et mouvant de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence. Cet examen apportera quelques éléments d'explication aux difficultés qui se dressent sur la voie d'une personification de l'entreprise dans cette seule branche du droit. V. *infra* pp. 241-248.

SECTION II

EFFET SUR LA RECONNAISSANCE DE L'ENTREPRISE
PAR LE DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

En appliquant les articles 85 et 86 à des groupes de sociétés, la Commission a en plusieurs occasions tenu compte de la réalité économique du groupe. Faire cette constatation est une chose. En tirer une conclusion en faveur de l'évolution de la notion d'entreprise en est une autre qui fera l'objet de cette deuxième section.

§ 1. LES DEUX NIVEAUX DE LA DISCUSSION SUR LA NOTION D'ENTREPRISE :
IDENTIFICATION « FORMELLE » AVEC CHAQUE MEMBRE DU GROUPE ET
IDENTIFICATION « RÉELLE » ⁸⁵ AVEC L'ENTITÉ ÉCONOMIQUE FORMÉE
PAR LE GROUPE.

Examinant si la notion d'entreprise est la même dans l'article 85 et 86, l'on a déjà souligné que la définition de cette notion peut être envisagée de deux manières correspondant à deux degrés ou niveaux d'analyse ⁸⁶. La mise en œuvre des règles de concurrence à l'égard des groupes de sociétés offre une illustration de cette ambivalence. Il faut s'y arrêter pour tenter d'avancer une explication satisfaisante à la démarche suivie par la Commission.

A. *Identification formelle de l'« entreprise » avec chaque sujet de droit, membre du groupe de sociétés.*

Au début de plusieurs des décisions examinées, la Commission utilise un langage par lequel elle donne l'impression de réaffirmer son attachement à la notion juridique d'entreprise selon laquelle tout sujet de droit poursuivant un but économique déterminé constitue une « entreprise » dis-

⁸⁵ Les qualificatifs de « formel » et de « réel » se révèlent souvent ambigus car ils dépendent du contenu relatif qui leur est attribué. Conscient de leur limite, on les utilise ici simplement pour faire ressortir que, dans les décisions examinées, une certaine idée de l'entreprise peut paraître réaffirmée (plan formel) alors que la Commission adopte en fait toutes les conséquences d'une idée opposée (plan réel).

⁸⁶ V. *supra* pp. 45-48.

tincte. Cela est particulièrement manifeste dans la décision *Christiani & Nielsen*⁸⁷. La Commission offre l'image d'un ralliement à la définition de l'entreprise proposée par la Cour de Justice dans les arrêts relatifs au système de la péréquation de la ferraille⁸⁸.

L'interprète de la décision qui ne verrait que cet aspect devrait bien admettre que la Commission n'a fait parcourir aucune évolution à l'entreprise. Celle-ci se retrouverait dix ans après au même endroit où l'avait fixée la Cour de Justice lorsqu'elle refusait à l'entreprise tout contenu juridique autonome dans la mise en œuvre du Traité CEEA.

Mais peut-on se contenter de cette analyse « en surface » de la décision en ce qui concerne le contenu de la notion d'entreprise ?

B. Identification réelle de l'entreprise avec le groupe pris dans son ensemble.

Un tel point de vue doit être rejeté car il méconnaît toute une dimension de la notion d'entreprise telle que la Commission la considère sur le fond. Il va falloir déterminer si la conception traditionnelle de l'« entreprise — sujet de droit » est compatible avec la mise en œuvre effective des articles 85 et 86 par la Commission. Alors s'impose une constatation qui était déjà sous-jacente lors de la première section. Dans l'application de la règle de concurrence aux groupes de sociétés, si la Commission avait sur le fond estimé n'avoir à prendre en considération que la pluralité des personnes juridiques pour en déduire autant d'« entreprises » distinctes, alors le résultat auquel elle a abouti dans ses décisions aurait été bouleversé⁸⁹. Le raisonnement de la Commission ne se comprend que si l'on reconnaît avec elle que le groupe de sociétés constitue en fait une entreprise unique. Dans la dynamique de l'application des articles 85 et 86, l'entreprise n'est plus simplement assimilée à tout sujet de droit, elle devient une notion originale qui va dans ces décisions coïncider avec l'entité économique du groupe de sociétés.

Une partie de la doctrine a pris conscience de cette évolution. Certains auteurs insistent sur le phénomène de personnification du groupe de sociétés⁹⁰. D'autres estiment que l'attitude de la Commission ouvre bien la voie

⁸⁷ V. *supra* p. 91 l'extrait cité de la décision *Christiani & Nielsen*.

⁸⁸ Cf. *supra* p. 36. Cet aspect de la décision est souligné notamment par R. Joliet, Note, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 6, 1970, p. 544 ; Huber, p. 429 ; Spormann, p. 161.

⁸⁹ Ainsi l'accord *Christiani & Nielsen* et l'identité des conditions de vente *Kodak* ne pourraient plus être placés hors du domaine d'application de l'article 85 ; l'article 86 ne pourrait plus être appliqué à l'encontre du groupe Continental Can.

⁹⁰ L. Focsaneanu, *J.C.P.*, I, 1972, 2452 n° 34, analyse en détail les divers stades par lesquels est passée la pensée juridique des autorités communautaires dans l'élaboration de la doctrine de *personnification des groupes de sociétés*.

à l'adoption d'une nouvelle notion d'entreprise. De Richemont observe justement à propos de la décision *Matières colorantes* :

« Tout en évitant de prendre une position de principe, la Commission adopte en fait toutes les conséquences de la notion 'économique' d'entreprise. » ⁹¹

On doit considérer le résultat ⁹² auquel aboutissent les décisions plutôt que leur justification. Or, il est manifeste que, contrairement à ce qui s'est passé lors des arrêts de la Cour sur la péréquation de la ferraille, l'identité et la personnalité du groupe de sociétés *ont été reconnues* par la Commission dans l'application des articles 85 et 86. Une telle différence de traitement ne peut pas ne pas entraîner des conséquences en ce qui concerne la définition de l'entreprise.

C. Explication d'une apparente contradiction.

Doit-on alors admettre qu'il y a *contradiction* dans l'attitude de la Commission qui identifierait d'abord chaque filiale à l'entreprise pour ne réserver en définitive cette qualité qu'au groupe ? En fait il y a bien une certaine forme de contradiction et en tous les cas d'ambiguïté dans la motivation de ces décisions. Cependant, avec une grande prudence et une certaine habileté, la Commission évite en général de se contredire formellement. Elle s'efforce de ne jamais déclarer que la filiale, de même que n'importe quel sujet de droit exploitant une activité économique, peut ne

⁹¹ J. de Richemont, « Article 86 du Traité C.E.E. : L'abus de position dominante », *Dr. et Aff.*, n° 175, 15.5.1970, Doc. n° 15/70, p. 6. Cet auteur observe avec raison que cette décision va plus loin sur la voie de l'élaboration d'une nouvelle notion d'entreprise que lors de l'affaire *Christiani & Nielsen*, dans laquelle, remarque-t-il, « la Commission a esquivé le problème ».

V. aussi J. de Richemont, *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*. Paris, J.N., 1971, pp. 251-253. Y. Saint-Gal, « Aspects actuels de la réglementation de la concurrence et de la protection des droits de propriété industrielle dans le cadre communautaire européen », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 6, 1970, p. 55, rapprochant les notions d'« entité économique » et de « sphère interne » dégagées par la Commission, d'une part dans la décision *Christiani & Nielsen* et d'autre part dans la décision *Matières colorantes*, en déduit à propos de l'unité du groupe : « Cette reconnaissance, sur le plan économique d'une conception élargie de la fonction de l'entreprise peut entraîner des conséquences importantes. »

⁹² Ce qui dans le droit de la concurrence est plus important que la justification. C. Champaud, « Liberté de concurrence », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 6, 1970, p. 488, observe sur un plan plus général : « ... en matière de droit économique, le résultat comptant seul, sa forme demeurant secondaire, l'appréciation de la légalité d'un acte juridique passe par la détermination de ses effets économiques concrets. »

pas être une « entreprise » distincte⁹³. De même elle évite de dire que le groupe est une « entreprise »⁹⁴ au sens du traité même si elle en adopte en fait toute les conséquences⁹⁵.

On peut essayer de proposer quelques éléments d'explication à l'attitude ambivalente de la Commission. Cet organe n'est pas à lui seul maître du contenu à donner à la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86. Beaucoup d'éléments doivent être pris en considération qui peuvent jouer le rôle de *frein* dans la progression de l'entreprise vers sa reconnaissance comme notion autonome dans le droit européen de la concurrence⁹⁶. La Commission de par sa responsabilité de veiller au respect par les entreprises des règles de concurrence joue un rôle de pionnier dans le processus de mise en valeur d'une dimension nouvelle de l'entreprise. En fait, ce rôle lui est imposé par les circonstances. Celles-ci l'ont amenée à faire face à cette réalité économique que constitue le groupe de sociétés en utilisant des armes, les articles 85 et 86, dont elle perçoit parfois mal comment en faire usage. On peut songer à les appliquer d'une manière traditionnelle. Il est aussi possible d'adapter l'interprétation des articles 85 et 86 à la nature originale du groupe de sociétés.

⁹³ Cette prudence a pu toutefois être prise en défaut en quelques rares occasions. Ainsi, la Commission a paru dire dans certaines circonstances que le représentant de commerce (cf. *supra* p. 72) de même que la filiale (cf. *supra* p. 101) peuvent ne pas constituer une « entreprise » distincte.

⁹⁴ Cela l'aurait obligée à construire déjà de toute pièce une nouvelle notion d'entreprise. Or, cette tâche lui apparaît prématurée. Dès lors, jouant sur la corde raide, la Commission va aussi loin qu'elle le peut en esquivant cette question essentielle tout en posant un certain nombre de jalons qui montrent bien qu'il s'agit d'une *évolution* vers une notion autonome d'entreprise.

Saint-Esteben, p. 254, note au sujet de l'attitude de la Commission dans l'affaire *Continental Can* : « Elaborer une notion propre d'entreprise eut certainement été plus élégant ; mais, aboutissant au même résultat sans avoir à franchir un Rubicon redoutable, la Commission a fait preuve du réalisme qui constitue sa méthode habituelle dans ce domaine. »

⁹⁵ La Commission ne va sans doute pas encore aussi loin que l'estime Guyenot, pp. 170 et 171, sur la voie d'une assimilation entre « groupe » et « entreprise ». Forçant la pensée de la Commission, ce dernier déclare que dans sa décision *Continental Can*, la Commission : « assimile le groupe à une organisation unitaire qu'elle qualifie 'entreprise' au sens de l'art. 86. La définition du groupe de sociétés que postule cette assimilation correspond sensiblement à celle du droit allemand, aussi bien qu'à celle du droit français exprimée dans la proposition de loi sur les groupes de sociétés. Comme la Commission, le législateur français définit le groupe par deux éléments : le lien de dépendance et la direction unique, étant précisé que la notion de direction unique est liée à celle d'unité économique. La Commission la qualifie différemment sous le terme 'entreprise'. » (C'est nous qui soulignons.) Cf. *infra* pp. 169-180.

Cependant, dans l'extrait cité *supra* p. 108 de la décision *ZOJA*, la Commission paraît bien avoir cette fois plus nettement qualifié le groupe d'« entreprise ».

⁹⁶ Cf. notamment *infra* pp. 241-248.

De là naît le dilemme devant lequel est placée la Commission et qui transparaît dans la décision *Christiani & Nielsen*. Lorsqu'elle admet tout d'abord que chaque filiale constitue bien une « entreprise » distincte⁹⁷, elle émet ce jugement, conforme à la pratique suivie traditionnellement, en fonction de la seule qualité de personne juridique propre à toute société anonyme envisagée *in specie*. La Commission ne peut pas faire autrement que de lui attribuer la présomption d'être bien une « entreprise » au sens du traité puisqu'elle possède en tout cas l'*indépendance juridique*.

Mais lorsqu'à travers l'analyse des possibilités de concurrence interne, elle constate que cette filiale n'existe qu'en tant qu'auxiliaire privé de volonté propre au sein d'une entité économique homogène, le groupe *Christiani & Nielsen*, la Commission est amenée à reconnaître implicitement que la société anonyme *Christiani & Nielsen La Haye ut singuli* ne constitue pas vraiment une « entreprise » au sens de l'article 85 par. 1⁹⁸. Il lui manque en effet le second attribut de cette qualification⁹⁹, l'*indépendance économique*¹⁰⁰.

⁹⁷ V. *supra* p. 91 et cf. *supra* pp. 46-48 sur les deux niveaux de la discussion relative à la notion d'entreprise.

⁹⁸ Le droit antitrust américain lors de l'application de la Section 1 Sherman Act aux relations intragroupes tend aussi à faire primer l'*identification réelle* du sujet du droit antitrust avec l'entité économique formée par le groupe, sur l'*identification formelle* avec les divers membres du groupe juridiquement indépendants mais économiquement dépendants.

Brennan, p. 1013, observe dans ce sens : « Since conspiracy is but a technical requirement of the Act, the treatment of affiliates as units for the purpose of finding plural parties is not of final consequence. The significant question is whether affiliates are likewise to be viewed as units for the purpose of determining what is an unlawful restraint of trade, the substance of a Section 1 violation. »

⁹⁹ Sur ces deux attributs v. aussi *infra* pp. 160 ss.

¹⁰⁰ On peut mettre en parallèle cette dissociation de la notion d'entreprise avec les enseignements tirés de la doctrine allemande relative à l'application de l'art. 1 GWB aux relations intrakonzern. Plusieurs auteurs font une distinction entre d'une part la qualité d'être en soi une entreprise autonome (« Unternehmensgesellschaft ») qu'ils reconnaissent à la société membre du Konzern et d'autre part l'exigence supplémentaire d'indépendance (« Selbständigkeit ») qu'exige également l'art. 1 GWB et que ne possède pas la société dominée. V. W. Harms, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Köln, Heymanns, 1968, p. 44 ; H. Scholz, *Die Konzerne Wettbewerbsbeschränkungen*. Diss. Köln, 1960, p. 90 ; *Frankfurter Kommentar*, Köln, Schmidt, 1958, ad 1 GWB, Tz. 38.

§ 2. L'UNITÉ D'ENTREPRISE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS, INDICE D'UNE
RECONNAISSANCE DE L'ENTREPRISE COMME NOTION ORIGINALE.

Sans abandonner formellement l'identité « entreprise — sujet de droit » qui est la négation même de toute reconnaissance de l'entreprise comme notion autonome ¹⁰¹, la Commission a donc adopté une attitude consistant à traiter le groupe de sociétés comme une entreprise unique. De cette constatation fondamentale, on peut tirer des indices en faveur d'une évolution de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence et de la construction d'une notion originale permettant à l'entreprise de se dégager du manteau de la propriété sous lequel elle est longtemps restée cachée.

La pratique de la Commission à l'égard des groupes de sociétés a des effets sur l'élaboration d'une notion d'entreprise originale qu'on peut d'abord exprimer d'une manière *négative*. La Commission en appliquant tant l'article 85 que l'article 86 limite incontestablement l'importance du critère de la personnalité morale. Elle tend à « dépersonnaliser » les filiales ou à percer le voile de la personnalité morale pour au contraire reconnaître une certaine personnalité au groupe qui jusque-là en est privé. Face à plusieurs sociétés juridiquement distinctes la Commission méconnaît les divers « entrepreneurs — propriétaires » et refuse à la notion de propriété les effets que lui confèrent traditionnellement les juristes. Or l'expérience montre que lorsque les effets de la personnalité juridique sont atténués, et *a fortiori* lorsque le voile sociétaire est levé, cet effacement des notions juridiques traditionnelles profite à d'autres concepts. Il fortifie l'existence de notions à peine reconnues par le droit comme celle de groupe et, sur un plan plus vaste, celle d'entreprise. Les auteurs qui se sont attachés au phénomène de la montée à la vie juridique de l'entreprise n'ont pas manqué de voir dans chacune des atteintes portées au concept juridique traditionnel un indice en faveur de la reconnaissance de l'entreprise par le droit ¹⁰².

Il faut ensuite exprimer sous une forme *positive* l'influence de l'attitude de la Commission en faveur de la réception par le droit communautaire de

¹⁰¹ Cf. *supra* p. 39 note 67.

¹⁰² C'est dans cet esprit que, dans son important plaidoyer en faveur de la reconnaissance de l'entreprise par le droit, M. Despax, *L'entreprise et le droit*. Paris, L.G.D.J., 1956, spéc. Titre II « Autonomie de l'entreprise par rapport à l'entrepreneur sociétaire », pp. 103-162, s'attache longuement à faire ressortir tous les domaines et circonstances dans lesquels il est porté atteinte à la personnalité morale.

l'entreprise en tant que concept original¹⁰³. Pour y parvenir, on peut se hasarder à proposer un syllogisme, sans doute peu rigoureux mais utile d'un point de vue didactique. Il contient les trois propositions suivantes comme majeure, mineure et conclusion.

En premier lieu, on admet que le groupe de sociétés est une entité avant tout économique. Elle commence bien sûr à être l'objet de règles juridiques particulières mais selon les divers droits nationaux cette entité ne constitue pas un sujet de droit distinct de la personne de ses membres et elle demeure privée de la personnalité juridique. A ce titre on peut donc dire que le *groupe de sociétés* est une *notion économique*.

La deuxième proposition nous ramène à la notion d'entreprise. On a insisté sur le fait que la Commission ne va pas encore jusqu'à admettre formellement que le groupe est une « entreprise » au sens des articles 85 et 86. Cependant, l'analyse de ses décisions révèle qu'elle adopte en fait toutes les conséquences d'une telle attitude. Dès lors, on pourrait dire que l'« *entreprise* » au sens des règles communautaires de concurrence peut dans un contexte particulier être le *groupe de sociétés*.

Enfin, la conclusion qui découle de ces prémisses, c'est que l'« *entreprise* » est dans certaines circonstances une *notion économique*. L'« *entreprise* » au sens des articles 85 et 86 n'est plus identifiée au sujet de droit qui en est propriétaire mais se révèle être une notion originale qui est essentiellement d'ordre économique¹⁰⁴. Le droit européen de la concurrence, dans sa mise en œuvre par la Commission, marche sur la voie d'une reconnaissance de l'entreprise comme notion autonome qui doit être considérée pour elle-même.

¹⁰³ On aura évidemment l'occasion de décrire ce stade actuel de reconnaissance de l'entreprise par le droit européen de la concurrence. V. notamment *infra* pp. 160-165.

¹⁰⁴ A propos de la décision *Continental Can*, Cerexhe, p. 282, constate : « ... La Commission semble avoir définitivement opté pour une reconnaissance du phénomène économique de l'entreprise... »

CHAPITRE IV

CONDITION D'UNE ÉVOLUTION DE L'ATTITUDE DE LA COUR DE JUSTICE

Une évolution de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence a été entamée par la Commission. Si cet organe joue un rôle essentiel dans l'application des articles 85 et 86, ce n'est pas lui qui fixe en définitive le contenu qu'il convient de donner aux divers concepts du droit communautaire. Cette tâche est confiée à la Cour de Justice. C'est donc de l'instance judiciaire suprême de la Communauté que va dépendre la poursuite ou l'interruption du processus de reconnaissance de l'entreprise qui a été entamé à l'occasion des décisions rendues par la Commission au sujet de groupes de sociétés.

Malgré les prises de position antérieures de la Cour relatives à la notion d'entreprise, on peut penser qu'elle suivra la voie ouverte par la Commission. L'évolution de la notion d'entreprise ne serait donc pas une hypothèse fragile basée sur l'attitude momentanée de la Commission. Elle serait au contraire une donnée fondamentale du droit européen de la concurrence en cours d'élaboration. On essayera de justifier ce point de vue en répondant aux questions suivantes.

Est-il concevable pour la Cour de Justice d'admettre deux conceptions différentes de l'entreprise selon le contexte donné ? Peut-on déjà penser que la Cour approuve la Commission et considère également le groupe comme entreprise unique pour l'application des règles de concurrence ? (Section 1).

Quels raisonnement et mode d'interprétation du traité pourraient permettre à la Cour de justifier une reconnaissance de l'entreprise comme notion originale en droit européen de la concurrence ? (Section 2).

SECTION PREMIÈRE

ADMISSIBILITÉ D'UNE PLURALITÉ DE NOTIONS D'ENTREPRISE

§ 1. PORTÉE LIMITÉE DE LA DÉFINITION ÉLABORÉE PAR LA COUR DE JUSTICE
EN MATIÈRE DE PÉRÉQUATION DE LA FERRAILLE.

La première objection qui surgit à l'idée d'une évolution de la notion d'entreprise dans le droit européen de la concurrence, est que le contenu de cette notion a été fixé une fois pour toutes par la Cour de Justice. Sa définition élaborée dans le cadre du Traité CECA ¹ constituerait un point de référence immuable pour l'ensemble du droit communautaire, quels que soient le traité ou le domaine envisagés. Si l'on adopte un tel point de vue, l'entreprise doit nécessairement et toujours coïncider avec un sujet de droit préexistant. Toute perspective d'évolution est alors définitivement fermée.

Quelques auteurs ont partagé cette opinion. Ils paraissent donner à la prise de position de la Cour de Justice en matière de péréquation de la ferraille une portée générale qui, bien au-delà de l'application de ce mécanisme financier, scellerait à jamais le sort de la notion d'entreprise, notamment pour l'application des règles de concurrence du Traité de Rome ².

¹ V. *supra* p. 36.

² S. Ladas, « La législation antitrust dans le Marché commun notamment en ce qui concerne les accords relatifs à la propriété industrielle », *La propriété industrielle*, vol. 78, 1962, p. 254 : « La Cour a analysé le concept 'entreprise' d'une manière si décisive que, bien que l'affaire portât sur le traité instituant la Communauté du charbon et de l'acier, il semble improbable que la Cour de Justice donne une interprétation différente de ce terme, tel qu'il est utilisé dans le traité de Rome. »

J. de Richemont, « La notion d'entreprise dans le droit des Communautés européennes », *Dr. eur.*, vol. 6, 1963, pp. 317 et 319, fait une constatation analogue : « ... la généralité des termes employés par la Haute Juridiction et la logique du raisonnement adopté par elle laissent penser que sa jurisprudence trouvera une application très large aussi bien à l'occasion du traité C.E.C.A. que des deux autres. ... »

« La question peut se poser notamment au sujet des articles 85 et 86 du Traité C.E.E. Il apparaît toutefois que la fermeté, la précision et la simplicité des termes employés par la Cour ne puissent laisser aucun doute à cet égard sur son intention. »

A. *Arguments limitant la portée de la définition élaborée par la Cour.*

Néanmoins, on doit admettre avec la majorité de la doctrine que l'élaboration d'une nouvelle notion d'entreprise dans le cadre de l'application des articles 85 et 86 *reste une question ouverte*. Il ne convient pas d'exagérer la portée d'une définition³ construite par la Cour dans un contexte très particulier⁴. Il s'agissait alors de déterminer sans équivoque les contribuables de la Caisse de péréquation. C'était donc avant tout des raisons pratiques⁵ qui ont motivé le refus de la Cour de Justice d'admettre une dissociation entre les notions d'entreprise et de personne juridique du droit interne⁶.

Aussi on s'accorde en général à considérer que le contenu de la notion d'entreprise n'est pas nécessairement le même dans tous les cas et qu'il peut avoir un *contenu différent* selon la branche du droit⁷ et le traité⁸

³ Dans ce sens R. Plaisant et alii, *Droit européen de la concurrence*. Paris, Delmas, 1966, p. 24.

V. aussi C. del Marmol, « Dominant position », in *American Bar Association, Proceedings. Conference on Antitrust and the European Communities. Brussels/Luxemburg, 1963*, New York, A.B.A., 1964, p. 118 ; Harms, Konzerne, p. 234, et « Intra-Enterprise Conspiracy », *Europarecht*, 1966, p. 231.

⁴ G.J. Weiser, « Freedom of Competition in the European Economic Community : An Analysis of the Regulations Implementing the Antitrust Provisions », *Idea : The Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education*, vol. 6, 1962, p. 28.

⁵ Sur les raisons de la Cour de Justice, v. *supra* pp. 39-40.

⁶ Dans ce sens L. Willemetz, « L'application de l'art. 86 du Traité C.E.E. », *Cah. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 586 ; R. Kovar, *Le pouvoir réglementaire de la CECA*. Paris, L.G.D.J., 1964, p. 285.

⁷ P. Eckmann, « L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché commun », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, p. 504, estime que l'interprétation de la Cour de Justice relative à la notion d'entreprise ne devrait même pas prévaloir pour d'autres domaines du même traité et notamment pour apprécier la portée de l'art. 65 C.E.C.A. *A fortiori*, selon ce point de vue, son influence sur l'art. 85 C.E.E. devrait-elle être très limitée.

On doit remarquer que la doctrine dominante allemande construit une notion propre d'entreprise au sens de l'art. 1 GWB sans tenir compte des notions élaborées en droit fiscal ou social.

V. K. Habekorn, « Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen », *G.R.U.R.*, 1962, p. 452 ; G. Kleeman, *Wettbewerbsregeln der E.W.G.* Baden-Baden, 1962, p. 28 ; *Business Regulation in the Common Market Nations*. H.M. Blake, General Editor, New York, McGraw-Hill, 1969 (ci-après Blake, *Business Regulation*), vol. III, West Germany (K. Ebb et alii), p. 101 note 186.

⁸ Dans ce sens J. Van Damme, « La mise en œuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome », *Cah. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 280, mais cf. p. 282 ; W. Van Gerven, *Principe du Droit des Ententes de la C.E.E.* Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 17-18 ; M. Scalabrino, « La nozione di impresa nei trattati istitutivi delle

envisagés. Or, la définition de la Cour a été donnée dans des arrêts traitant de *questions entièrement étrangères aux règles de la concurrence*⁹. Par ailleurs en rendant ces arrêts sur la péréquation de la ferraille, la Cour n'avait pas pu entendre les nombreux arguments que l'on invoque pour justifier une soustraction des relations internes au sein des groupes de sociétés étroitement intégrés, du champ d'application des règles de concurrence¹⁰.

B. *Indications données par l'interprétation du texte des arrêts de la Cour.*

La Cour elle-même a admis implicitement que la solution à laquelle elle aboutissait n'était pas entièrement satisfaisante. Devant accorder sa préférence soit au principe de justice ou soit à celui de la sécurité juridique, elle a finalement opté pour le second en identifiant l'entreprise à la personne morale de son propriétaire. Sur le plan de la justice, elle semble néanmoins reconnaître qu'il pourrait exister certaines situations dans lesquelles plusieurs entités juridiques distinctes ne formeraient qu'une entreprise. Une de ces situations pourraient être celle visée par le droit de la concurrence, lorsque l'on envisage les entreprises en lutte sur un marché. Or c'est dans un contexte complètement opposé à celui d'une participation au marché que la Cour a été amenée à se prononcer sur le contenu de la notion d'entreprise. L'avocat général Lagrange a pris soin de préciser :

« ... La Cour ayant à interpréter la notion de 'ferraille d'achat', par opposition avec celle de 'ressources propres', a axé tout son raisonnement sur l'idée que c'est la consommation de ferraille, et *non la participation au marché de la ferraille*, qui donne lieu au prélèvement de péréquation. »¹¹

Aussi apparaît-il peu raisonnable de vouloir transporter la définition de la Cour dans des situations où précisément le problème essentiel est d'assurer la protection de la concurrence dans le cadre d'un certain marché.

Comunità Europea », *Diritto Internazionale*, vol. 21, 1967, p. 189, qui s'oppose à une transposition des solutions définies dans le Traité CEEA au sein du Traité CEE. Il paraît par contre admettre une certaine influence réciproque entre les concepts utilisés respectivement dans les Traités CEE et Euratom du fait de l'élaboration simultanée de ces deux traités.

⁹ B. Goldman, *Cours de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés Européennes*. Paris, Les Cours de droit, 1965-1966, p. 317. Sur l'autonomie du droit antitrust, v. *infra* pp. 133-134 et 178-180.

¹⁰ Dans ce sens Van Ommerlaeghe, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 3, 1967, p. 489.

¹¹ C.J.C.E., Arrêt *Klöckner et Hoesch*, *Rec.*, 1962, 615, 663 (c'est nous qui soulignons) ; v. aussi *Rec.*, 1958-59, 304, 405 ; R. Prieur, *La C.E.C.A.* Paris, Montchrestien, 1962, p. 255 et cf. *infra* p. 212.

Les problèmes auxquels la Cour était confrontée se rapportaient à l'application d'un mécanisme financier. Elle a admis qu'il s'agissait là d'une matière de nature fiscale ou parafiscale¹². Or il est généralement reconnu qu'en droit interne, le droit fiscal est l'objet de modes de raisonnement et de méthodes d'interprétations spécifiques qui peuvent diverger de ceux d'autres branches de droit. L'autonomie du droit fiscal se manifeste très souvent par l'autonomie des notions qu'il utilise¹³. On pourrait donc raisonnablement être tenté d'admettre, par analogie, que les notions dégagées au sein d'un droit parafiscal de la Communauté sont affectées du même caractère spécifique.

Contre un élargissement de la portée de la définition élaborée en 1962, il faut souligner que *la Cour elle-même reconnaît que plusieurs notions d'entreprises sont concevables*¹⁴ selon les matières envisagées. Elle ne manque pas d'accompagner sa définition de remarques tendant à en limiter la portée à l'application du mécanisme de péréquation de la ferraille.

Dans l'arrêt *Acierie du Temple* du 16 décembre 1963, la Cour a déclaré :

« que notamment ces décisions, en vue de délimiter le nombre des contribuables, se référaient à la notion d' 'entreprise' au sens de l'art. 80 du traité C.E.C.A., notion qui caractérise les titulaires de droits et d'obligations et qui, *tant que le contexte ne s'y oppose pas*, fait référence à l'entité économique caractérisée par une personnalité morale distincte ; »¹⁵.

A contrario, lorsque le contexte s'y oppose, la Cour serait donc prête à concevoir une notion d'entreprise dont le contenu ne soit pas caractérisé par une personnalité morale distincte. C'est pourquoi elle précise chaque fois à quelles fins déterminées elle a été amenée à identifier « entreprise » au sujet de droit. L'un des derniers arrêts relatifs au fonctionnement du mécanisme de péréquation précise bien :

« ... qu'en outre la notion d'entreprise *aux fins du mécanisme de péréquation* s'identifie au concept de personne physique ou morale ; »¹⁶.

¹² C.J.C.E., Arrêt *Phoenix*, *Rec.*, 1958-59, 163, 197.

¹³ Kovar, p. 273.

¹⁴ Cf. la diversité des personnes morales *supra* pp. 63-64.

¹⁵ C.J.C.E., *Rec.*, 1963, 583, 601 (c'est nous qui soulignons).

¹⁶ C.J.C.E., Arrêt *Acciaierie et ferriere di Solbiate S.B.A. c/ Haute Autorité*, aff. 50/65, 16 juin 1966, *Rec.*, 1966, 209, 221. Il convient de remarquer que, conséquente avec elle-même, la Cour de Justice, usant de la même expression « aux fins de », reconnaît au contraire l'unité économique du groupe lorsque le

La possibilité même de concevoir plusieurs notions d'entreprise dans le Traité CECA suivant le contexte donné a été expressément envisagée par l'avocat général Lagrange dans ses conclusions de l'arrêt *Phoenix* :

« En admettant que le terme 'entreprise' soit susceptible de différentes acceptions dans le traité, il est certain que lorsque, comme dans l'espèce, ce terme est employé pour désigner une entité redevable d'une contribution, c'est-à-dire très exactement un contribuable, il ne peut s'agir que d'une personne, physique ou morale, sujet de droit. » ¹⁷

L'adoption d'une nouvelle notion d'entreprise pour l'application des règles de concurrence est donc une perspective qui ne peut en tout cas pas être exclue en raison de la préexistence d'une définition dont la Cour elle-même reconnaît les limites ¹⁸. Même si le principe de l'*unité du droit communautaire* appelle une certaine concordance et cohérence dans le sens à donner aux concepts inclus dans les traités, il n'a pas pour effet d'exiger qu'une définition dans un certain contexte doive nécessairement être valable pour un contexte différent ¹⁹.

contexte lui dicte cette attitude. V. C.J.C.E., Arrêt *J.R. Geigy SA*, aff. 52/69, 14 juillet 1972, « ... que, dans ces conditions, la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, ne pourrait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché aux fins de l'application des règles de concurrence. » (C'est nous qui soulignons.) Cf. *infra* pp. 126 ss.

¹⁷ *Rec.*, 1958-59, 163, 194 (c'est nous qui soulignons). C'est par contre à une évolution de l'opinion de la Cour dans un même contexte que l'avocat général Grand fait allusion dans le passage suivant de l'Arrêt *Solbiate*, *Rec.*, 1966, 218 : « Même si, en modifiant sa jurisprudence, la Cour devait reconnaître que Metalsider et Solbiate forment une seule et même personne morale... »

¹⁸ Ce qui n'empêche pas que la Cour, en matière de concurrence, ait parfois fait allusion à sa définition de l'entreprise élaborée dans le Traité CECA. Ainsi l'avocat général Roemer déclare prudemment dans l'Arrêt *Gouvernement de la République Italienne*, aff. 32/65, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 563, 608 : « Pour ce qui est de la notion d'entreprise, les définitions élaborées dans le droit CECA et le droit national en matière d'ententes peuvent nous aider. »

¹⁹ Tout en reconnaissant une portée assez générale à la définition élaborée dans les arrêts sur la péréquation de la ferraille, N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés Européennes*, Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, p. 417 note 7, estime qu'il convient de donner une portée spéciale, exceptionnelle, à la notion d'entreprise dans l'application des règles de concurrence du Traité CEE en raison de leur finalité. Cf. *infra* pp. 137 ss.

§ 2. INDICES D'UNE ADHÉSION DE LA COUR DE JUSTICE À L'ÉVOLUTION
SUGGÉRÉE PAR LA COMMISSION.

Depuis ses importantes prises de position en 1959-1962 sur la notion d'entreprise, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question, si ce n'est pour faire parfois allusion à sa définition de l'entreprise en matière de péréquation de la ferraille²⁰.

Toutefois elle n'a pas contesté la manière dont la Commission a été amenée à traiter les groupes de sociétés auxquels elle appliquait les articles 85 et 86. Au contraire à quelques occasions, elle a confirmé explicitement l'attitude de la Commission consistant à considérer le groupe pris dans son ensemble comme une « entreprise » unique.

A. *L'accord intragroupe n'est pas un « accord entre entreprises ».*

Dès sa décision *Christiani & Nielsen*²¹ du 18 juin 1969, la Commission avait indiqué son intention de traiter le groupe de sociétés comme entreprise unique. Cette décision entraînait en fait la soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85, pour autant que l'on soit en présence de sociétés mères contrôlant complètement leurs filiales et faisant un usage effectif de leur pouvoir de contrôle. En 1971, une occasion était donnée à la Cour de Justice de manifester son appui à une telle reconnaissance de la personnalité du groupe. Dans son arrêt *Béguelin*²² du 25 novembre 1971, la Cour affirme à son tour le principe de la non-application de l'article 85 aux relations entre sociétés appartenant à un même groupe étroitement intégré.

La société Béguelin est une société belge d'import-export qui avait passé un contrat de concession exclusive avec la firme japonaise Oshawa. Puis elle créait en France une filiale entièrement contrôlée par elle, Béguelin France, à laquelle elle transférerait par contrat l'exclusivité que lui avait octroyée Oshawa. A la suite d'importations parallèles, par un tiers en France, des produits faisant l'objet des accords, le tribunal de commerce de Nice saisit la Cour de Justice d'une demande de décision préjudicielle portant notamment sur la question suivante. Il s'agissait de déterminer si l'interdiction de l'article 85 par. 1 s'étend au fait pour une société mère établie dans un Etat membre et titulaire d'un droit de concession de vente

²⁰ V. *supra* note 18.

²¹ V. *supra* p. 89.

²² Arrêt *Béguelin Import Co. c/ S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, 25 novembre 1971, *Rec.*, 1971, 949.

exclusive s'étendant à deux Etats membres de céder ou de permettre à sa filiale d'acquérir dans le second Etat membre la concession exclusive. La Cour a conclu que l'article 85 ne s'applique en principe pas à la relation intragroupe en précisant :

« Les rapports entre deux sociétés dont l'une ne jouit d'aucune autonomie économique vis-à-vis de l'autre ne peuvent être pris en considération pour apprécier la validité d'un accord de concession exclusive passé entre la filiale et un tiers. » ²³

L'avocat général Dutheillet de Lamothe avait précisé dans le même sens que le fait pour une société mère de transférer à une filiale entièrement contrôlée par elle, ou d'autoriser un tel transfert, de droits dont cette société mère était titulaire

« ne constitue pas un accord d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1 du traité si la filiale est entièrement contrôlée. Elle constitue alors en effet en réalité, non un accord entre entreprises, mais une réorganisation de l'entreprise mère. » ²⁴

Il est important de relever que la Commission, appelée à formuler ses observations en vertu de l'art. 20 du statut de la Cour de justice, a adopté lors de l'affaire *Béguelin* une attitude nettement plus favorable à une notion autonome d'entreprise que lors de sa décision *Christiani & Nielsen*. A cette occasion, elle adoptait déjà toutes les conséquences d'une prise en considération du groupe comme entreprise unique. Cependant elle persistait alors à voir formellement dans l'accord intragroupe un « accord entre entreprises » n'échappant à l'application de l'article 85 que par défaut de concurrence interne susceptible d'être éventuellement restreinte ²⁵.

²³ *Rec.*, 1971, 963. La Cour ne parle pas de rapport entre entreprises mais entre deux sociétés, ce qui peut indiquer que le groupe constitue une seule entreprise et que ses rapports internes ne peuvent être pris en considération par l'art. 85.

²⁴ *Rec.*, 1971, 967.

²⁵ On a déjà vu (v. *supra* pp. 92-100) pourquoi cette justification n'est pas satisfaisante. En effet si l'accord intragroupe est vraiment considéré comme un « accord entre entreprises », alors le plus souvent l'article 85 devrait être effectivement appliqué. On ne peut se contenter de ne tenir compte que de la concurrence interne alors que la restriction de la concurrence vis-à-vis de tiers est tout aussi importante. Dès lors, seul le fait de considérer le groupe et non pas chacun de ses membres comme « entreprise » permet de faire échapper les accords intragroupes à l'article 85 lorsqu'il s'agit de groupes aux activités étroitement intégrées et coordonnées.

Dans l'affaire *Béguelin*, la Commission adopte une position plus nette, ne craignant pas d'affirmer que l'on n'est pas en présence d'un « accord entre entreprises »

« Des accords tels que celui conclu entre Béguelin/Belgique et Béguelin/France ne constituent pas des 'accords entre entreprises' au sens de la disposition citée, la réponse à cette question devrait être négative. » ²⁶

La Commission estime que la première condition d'application ²⁷ de l'article 85 n'est ainsi pas remplie. Elle voit dans le groupe une entreprise unique. Il ne paraît pas possible de soutenir qu'il y a bien pluralité d'« entreprises » mais seulement absence d'« accord » au sens de l'article 85. En effet, les relations entre la société mère et sa filiale ont bien été constitutives d'un « accord » ²⁸. Dès lors c'est par le défaut de réalisation du critère de pluralité d'« entreprises » que la Commission justifie en premier lieu la non-application de l'article 85.

Puis de manière subsidiaire, et non pas comme justification principale comme dans sa décision *Christiani & Nielsen*, la Commission fait intervenir le critère de la possibilité d'action autonome ²⁹ de l'entreprise pour refuser de toute manière l'application de l'article 85.

« Par ailleurs, à supposer même qu'il s'agisse d'accord entre entreprises, l'interdiction prévue par la disposition en cause ne jouerait pas, faute d'une possibilité d'activité autonome de la filiale par rapport à la société mère. » ³⁰

²⁶ *Rec.*, 1971, 955.

²⁷ V. sur les trois conditions d'application *supra* pp. 43-44.

²⁸ Cela a été fort justement démontré par l'avocat général Dutheillet de Lamothe, v. *Rec.*, 1971, p. 967 : « ... le contrat entre Béguelin/France et la firme japonaise ayant pour objet de transférer à Béguelin/France des droits qui appartenaient auparavant à Buéguelin/Belgique, l'accord de cette dernière entreprise était évidemment nécessaire et ainsi Béguelin/Belgique pourrait être regardée comme ayant été, au moins tacitement, partie au contrat entre Béguelin/France et Oshawa. » V. de même la constatation de la présence d'un accord ou, au moins d'une pratique concertée intragroupe dans l'affaire *Kodak*, *supra* p. 98, et dans l'affaire *Christiani & Nielsen*, *supra* pp. 94-96.

²⁹ Dans ses premières décisions, c'était pour la Commission cette seule raison qui justifiait la non-application de l'article 85 aux accords intragroupes. Cela peut expliquer que les commentateurs aient peut-être sous-estimé la question de la pluralité d'*entreprises* pour centrer le débat sur l'absence d'*accord* entre entreprises. V. par ex. Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 275-276 n° 253-255.

³⁰ *Rec.*, 1971, p. 955.

B. *L'unité d'entreprise du groupe de sociétés : moyen d'étendre la compétence de la Cour de Justice.*

La décision *Matières Colorantes*³¹ avait permis à la Commission, en considérant le groupe comme une entreprise unique, d'imputer aux sociétés mères étrangères les pratiques incriminées de hausse de prix effectuée par leurs filiales dans le Marché commun. A la suite de recours contre cette décision, la Cour de Justice a rendu le 14 juillet 1972 plusieurs importants arrêts qui confirment sur le fond la position prise par la Commission et maintiennent le prononcé des amendes à l'égard des entreprises jugées coupables de pratiques concertées.

Il faut toutefois relever que la Cour de Justice³² substitue ses propres motifs à ceux de la Commission pour justifier la compétence des juridictions communautaires à l'égard des pratiques concertées incriminées³³. Elle n'a pas eu recours aux arguments de la Commission qui, pour sa part, soutenait la thèse d'une compétence extra-territoriale en faveur de la Communauté³⁴.

Pour la Cour de Justice, il s'agit plutôt de montrer que le comportement des entreprises incriminées s'est manifesté dans le Marché commun lui-

³¹ V. *supra* p. 100.

³² V. C.J.C.E., Arrêt *J.R. Geigy SA*, aff. 52/69, 14 juillet 1972, *Rec.*, 1972, 787, cons. 41-49 ; Arrêt *Sandoz AG*, aff. 53/69, 14 juillet 1972, *Rec.*, 1972, 845, cons. 41-49 ; Arrêt *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48/69, 14 juillet 1972, *Rec.*, 1972, 619, cons. 125-146.

Les considérants de ces trois arrêts sont identiques en ce qui concerne le problème examiné ici. On ne donnera donc les références que pour l'arrêt *Geigy*.

³³ Les requérantes, sociétés mères établies en dehors de la Communauté, soulevaient devant la Cour un moyen d'incompétence en prétendant que la Commission n'était pas en droit de leur infliger des amendes en raison des seuls effets produits dans le Marché commun des actes qu'elles auraient commis à l'extérieur de la Communauté. V. cons. 41, *Rec.* 1972, 838.

³⁴ V. F.A. Mann, « The Dyestuffs Case in the Court of Justice », *Int. l. and Comp. L. Q.*, vol. 22, 1973, pp. 45-50.

On peut observer que la Commission a adopté une attitude différente lors de l'affaire *Continental Can*. Dans les débats devant la Cour de Justice elle renonce à invoquer la thèse de la compétence extra-territoriale et elle considère que l'entreprise unique que forme le groupe *Continental* a agi à l'intérieur de la Communauté.

Pour la Commission, que la Cour a suivie sur ce point (v. *infra* p. 130) : « Même en appliquant strictement le soi-disant principe de la « territorialité », il ne ferait pas de doute que les Etats (ainsi que la Communauté) sont habilités à appliquer leur législation aux actes accomplis sur le territoire d'exercice de leur souveraineté, quelle que soit la nationalité des auteurs de ces actes. *Continental* aurait précisément agi à l'intérieur de la Communauté par l'intermédiaire d'une filiale qui, tout en ayant une personnalité juridique propre, serait cependant dépourvue de toute indépendance économique. » C.J.C.E., Arrêt *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, 222.

même. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une application extra-territoriale de la règle de concurrence qui serait fondée sur la théorie de l'effet (« *Auswirkungsprinzip* »). Mais alors une difficulté surgit étant donné que ce sont les sociétés mères étrangères à la Communauté qui sont condamnées tandis que les pratiques concertées sont le fait de leurs filiales dans le Marché commun. Le seul moyen de la résoudre consiste à dépersonnaliser les filiales en considérant chaque groupe de sociétés comme une *entreprise unique*. Le raisonnement de la Cour passe par les étapes suivantes.

I. *Commission de l'acte repressif de concurrence sur le Marché commun.*

Elle déclare tout d'abord que les pratiques restrictives de concurrence ont eu lieu à l'intérieur de la Communauté puisque c'est les filiales dans celle-ci des sociétés mères étrangères au Marché commun qui se sont livrées aux hausses simultanées de prix en coopération avec leurs concurrents³⁵. Pour la Cour de Justice, les *actes* répréhensibles eux-mêmes ont eu lieu à l'intérieur du Marché commun. Elle ne prétend pas que seuls leurs *effets* s'y soient fait sentir ce qui l'obligerait à justifier la compétence des juridictions communautaires en raison des seuls effets sur le Marché commun.

II. *Réunion dans l'« entreprise » unique formée par le groupe de l'auteur matériel (filiale) et du coupable (société mère).*

La Cour doit alors réfuter l'objection soulevée par les sociétés mères condamnées selon laquelle le comportement incriminé est le fait des filiales et non des sociétés mères. Pour qui voit dans tout sujet de droit une entreprise distincte quelle que soit son indépendance économique, une telle objection peut difficilement être écartée. D'après un tel point de vue³⁶, seules les « entreprises-filiales » pourraient se voir appliquer l'article 85 et non pas les « entreprises-sociétés mères ». Tout au plus ces dernières auraient-elles pu être recherchées subsidiairement comme complices ou instigatrices, mais dans la mesure seulement alors où une application extra-territoriale de la règle de concurrence apparaissait admissible.

³⁵ V. Arrêt *Geigy*, cons. 42, *Rec.*, 1972, 838 : « que, dès lors, les actions en raison desquelles l'amende litigieuse a été infligée constituent des pratiques réalisées directement à l'intérieur du marché commun... »

³⁶ C'est cette thèse précisément, reposant sur l'assimilation « entreprise — sujet de droit », qui a été plaidée par les sociétés mères requérantes et rejetée par la Cour de Justice.

Un autre raisonnement a été adopté par la Cour. Elle établit que le groupe constitue en réalité une entreprise unique et que, malgré la personnalité juridique distincte des filiales, la responsabilité des sociétés mères étrangère au Marché commun peut être recherchée³⁷. C'est en conférant un effet juridique à l'unité économique du groupe que la Cour de Justice peut prouver qu'un seul et même sujet du droit européen de la concurrence est bien, d'une part l'auteur matériel des pratiques concertées dans le Marché commun, et d'autre part, le « responsable-coupable » auquel la sanction doit être appliquée. Ce sujet des règles de concurrence, ce ne peut être que l'« entreprise » unique constituée par le groupe de sociétés, qui s'est livrée à des pratiques concertées avec des concurrents. Encore privée de personnalité juridique propre, cette « entreprise » doit avoir recours à la personnalité de la société mère qui joue le rôle de représentant de l'« entreprise » et de responsable du comportement de ses divers composants³⁸.

III. *Fondement d'une responsabilité collective de l'« entreprise - groupe ».*

De manière plus détaillée que dans la décision de la Commission, la Cour dans l'Arrêt *Geigy* justifie le principe de l'imputation du comportement de la filiale à la société mère. Cette imputation est justifiée parce qu'en l'espèce la filiale

« bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère. »³⁹

Confirmant au passage la non-application de l'article 85 aux accords intragroupes parce qu'ils sont conclus au sein d'une « unité économique »⁴⁰, la Cour de Justice en déduit comme conséquence logique que de même,

« en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société mère. »⁴¹

³⁷ Cons. 44, *Rec.*, 1972, 839.

³⁸ Sur ce point v. *infra* pp. 162-165.

³⁹ *Ibid.* cons. 44.

⁴⁰ C'est donc la seconde fois que la Cour approuve formellement le principe de non-application de l'article 85 aux relations intragroupes, principe qui a été établi par la Commission. La première confirmation par la Cour de ce principe est contenue dans l'arrêt *Béguelin*, v. *supra* pp. 123-125.

⁴¹ *Ibid.* cons. 44.

Cette éventualité est réalisée en l'espèce puisque non seulement les sociétés mères contrôlaient entièrement leurs filiales dans le Marché commun mais en outre elles ont utilisé en fait leur pouvoir de contrôle en déterminant de manière impérative pour les filiales les prix et autres conditions de vente⁴². Après avoir établi que les conditions d'une responsabilité des sociétés mères sont bien réalisées, la Cour réaffirme la prééminence en droit de la concurrence⁴³ des considérations de faits — c'est-à-dire l'absence de toute possibilité effective d'un comportement indépendant par les filiales — sur la séparation formelle réalisée par les personnalités juridiques distinctes. Parvenant ainsi au terme de son raisonnement tendant à prouver qu'une entreprise unique constituée par le groupe de sociétés est coupable et responsable des pratiques incriminées⁴⁴, la Cour peut conclure que le moyen d'incompétence soulevé n'est pas fondé car

« c'est bien la requérante qui a réalisé la pratique concertée à l'intérieur du marché commun. »⁴⁵

On doit tenter de saisir dans son ensemble le raisonnement de la Cour de Justice. Il lui permet d'imputer aux sociétés mères les actes de leurs filiales. Surtout, il l'amène à établir que les requérantes se sont non seulement livrées à des pratiques qui ont produit des effets sur le Marché commun mais qu'elles ont commis des actes à l'intérieur de la Communauté. Or les sociétés mères en tant que personnes morales ont leur siège à l'extérieur de la CEE. Comment comprendre et accepter un tel raisonnement si l'on ne considère pas en même temps que le « groupe de sociétés » en tant qu'unité économique plurisociétaire constitue une « entreprise » unique aux fins de l'application des règles de concurrence ? La Cour de Justice suivant résolument la voie ouverte par la Commission tend à ne plus identifier « entreprise » à sujet de droit et donne un contenu nouveau au concept d'« entreprise ». N'adorant peut-être pas encore ce qu'elle a brûlé⁴⁶, la Cour de Justice dont l'évolution est la marque du

⁴² *Ibid.* cons. 45.

⁴³ Sur l'autonomie du droit antitrust, v. *infra* pp. 133-134 et 178-180.

⁴⁴ Le raisonnement de la Cour a été critiqué par une partie de la doctrine qui s'inquiète notamment de ses conséquences pour l'activité des entreprises multinationales. V. Mann, p. 49.

⁴⁵ *Ibid.* cons. 45.

⁴⁶ Dans un article dont le titre est significatif, L. Anselme-Rabinovitch, « La Cour de Luxembourg va-t-elle reconnaître la personnalité des entreprises elles-mêmes ? », *Journal de Genève*, 1^{er} décembre 1972, p. 7, envisage ainsi une telle perspective : « On peut s'interroger si, en étendant la notion d'unité économique, conçue primitivement dans le plan de concurrence, à un autre domaine, celui de responsabilité des sociétés mères en raison du comportement de leurs filiales, la Cour n'aurait pas amorcé une évolution de sa jurisprudence dans le sens d'une reconnaissance des entreprises. »

réalisme avec lequel elle sait s'adapter à un contexte fondamentalement différent, n'hésite plus déjà à brûler ⁴⁷ ce qu'elle a pu par le passé adorer.

Dans l'arrêt *Continental Can* ⁴⁸ rendu le 21 février 1973, la Cour de Justice a réaffirmé que le groupe de sociétés devait être traité comme *entreprise unique* aux fins de l'application des règles de concurrence dès lors que ses membres étaient privés d'autonomie. Sur cet aspect ⁴⁹ de l'affaire *Continental Can*, on constate un accord total entre l'opinion de la Commission et de l'avocat général Roemer, exprimée lors des débats, et celui de la Cour dans son arrêt.

La thèse des avocats du groupe *Continental Can*, en particulier celle exprimée par M^e Loyrette, était celle de l'« incompétence » de la Commission à l'égard de *Continental Can*. Ils faisaient valoir à ce sujet qu'on ne saurait imputer à cette entreprise le comportement de sa filiale, sans porter atteinte au principe fondamental de l'autonomie de la personnalité juridique. La Commission a rejeté ces arguments relevant à ses yeux d'une conception formelle et a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération la personnalité juridique d'Europemballage, cette société n'ayant aucune indépendance économique. Quant à l'avocat général Roemer qui a épousé par ailleurs beaucoup des thèses des requérantes, il a suggéré à la Cour de s'en tenir à sa jurisprudence antérieure, celle établie lors des arrêts sur l'affaire des colorants, et de traiter le groupe

⁴⁷ Certains des considérants de l'arrêt *Geigy* illustrent la relativité du critère de la personnalité morale en exprimant une idée exactement opposée à celle défendue par la Cour lors des arrêts sur la péréquation de la ferraille.

Dans l'arrêt *Geigy*, cons. 45, la Cour déclare : « ... dans ces conditions, la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité distincte, ne pourrait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché aux fins de l'application des règles de concurrence ; ».

Elle observe par contre dans son arrêt *Klöckner*, aff. 17 et 20/61, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, p. 646 : « ... une activité économique ne saurait donc être considérée comme formant une unité sur le plan juridique lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être rattachés séparément à plusieurs sujets de droit distincts. »

⁴⁸ C.J.C.E., Arrêt *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, 215. V. A.H. Hermann, *Continental Can Company v. Commission of the European Communities*. (Documents and Comments), London, Legal Reports, 1973, 63 p. ; J.P. Mean, « Notes sur l'affaire 'Continental Can' », *W.u.R.*, vol. 25, 1973, pp. 110-122.

⁴⁹ On sait que la Cour a annulé la décision de la Commission en raison d'une argumentation insuffisamment précise mais qu'elle a toutefois confirmé dans son arrêt que la Commission peut légitimement s'appuyer sur cette disposition pour empêcher une entreprise ayant déjà une position dominante sur le marché de renforcer celle-ci — notamment par l'absorption de concurrents — au point d'entraver la concurrence dans le Marché commun d'une manière substantielle.

comme entreprise unique. La Cour de Justice a effectivement adopté la même position en déclarant notamment :

« ... que la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être notamment le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère ; » ⁵⁰

SECTION II

JUSTIFICATION D'UNE ÉVOLUTION :

FINALITÉ DU TRAITÉ, CONCURRENCE ET CONCENTRATION

Le traitement des groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, tel qu'il a été défini par la Commission puis approuvé par la Cour de Justice, entraîne l'adoption d'une nouvelle notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86. Aujourd'hui cette évolution est en cours. La reconnaissance de l'entreprise en tant que notion originale n'est qu'ébauchée. Les organes de la Communauté n'ont pas encore tiré toutes les conséquences de leur prise en considération du groupe comme entreprise unique. C'est que l'élaboration d'une notion originale par le droit communautaire ne s'effectue pas sans qu'elle corresponde à une nécessité juridique. Pour montrer que les perspectives d'une reconnaissance de l'entreprise en droit communautaire sont largement ouvertes, il faut examiner par quel mode de raisonnement et selon quel principe d'interprétation des articles 85 et 86 la Cour de Justice peut parvenir à justifier une telle évolution.

La Commission, lorsqu'elle applique les règles de concurrence, se soucie avant tout de l'*exécution* d'une certaine *politique de concurrence* à l'élaboration de laquelle elle joue d'ailleurs un rôle essentiel. Les buts de cette politique ont sans doute influencé sa manière de traiter les groupes de sociétés comme entreprises uniques. Quant à la Cour de Justice, elle

⁵⁰ Texte du cons. 15, *Rec.*, 1973, 243. Sur la position des requérantes et de la défenderesse, v. *Rec.*, 1973, 222-223, sur celle de l'avocat général Roemer, v. *Rec.*, 1973, 265-266.

Cf. aussi *supra* p. 128 les arguments invoqués par la Cour dans l'arrêt *Geigy*. V. aussi *supra* p. 108 note 83 l'arrêt rendu le 6 mars 1974 par la Cour de Justice.

est garante du *respect du droit* dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Pour permettre une évolution de la notion d'entreprise par rapport à une définition antérieure, la Cour devra donc admettre l'existence de plusieurs définitions et souffrir que l'application du droit de la concurrence soit influencé par les buts de la politique communautaire de concurrence.

§ 1. LA COUR DE JUSTICE, LA NOTION D'ENTREPRISE ET L'AUTONOMIE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE.

En appliquant les règles de concurrence du Traité CEE, la Commission, organe administratif et non judiciaire, doit assurer le respect par les entreprises des principes de conduite posés par les articles 85 et 86. Dans le cadre des moyens que lui donne le Conseil, elle dispose de certains pouvoirs réglementaires. Toutefois on ne peut pas dire que ce soit la Commission qui décide du contenu du droit européen de la concurrence lorsque l'un de ses concepts n'est pas clairement défini dans le traité ou dans l'un de ses textes d'application. Cette tâche est confiée à la Cour de Justice qui, selon l'article 164 du Traité CEE, a pour mission d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité ». Lorsqu'elle est amenée à rendre un arrêt par voie de décision préjudicielle sur la demande d'un tribunal national ou suite à un recours contre une décision de la Commission, la Cour de Justice fait œuvre de création du droit communautaire en dégagant certaines règles d'interprétation et en formulant des définitions qui feront à l'avenir partie intégrante de ce droit. En sa qualité d'organe judiciaire, elle est guidée dans sa tâche par le respect du droit communautaire mais aussi de principes fondamentaux empruntés aux divers ordres juridiques nationaux des pays membres.

Si la Commission rend une décision qui est justifiée peut-être quant à son résultat mais dont la légalité peut être contestée du point de vue soit du droit communautaire soit des principes généraux propres aux divers ordres juridiques nationaux, alors, en cas de recours, c'est la Cour de Justice qui fixera l'état du droit communautaire en la matière, corrigeant le cas échéant la position adoptée par la Commission. Ainsi la Commission suggère un certain nombre de voies vers laquelle peut s'engager le droit communautaire mais en définitive, c'est la Cour de Justice qui est maîtresse de son évolution.

De ce qui précède, on peut déduire que la Cour, par le respect qu'elle doit à certains principes, pourrait être amenée à tempérer les initiatives

prises par la Commission conduisant à une reconnaissance de l'entreprise en tant que telle. On a vu que tel n'est pourtant pas le cas puisque la Cour de Justice a paru suivre la Commission sur la voie d'une prise en considération du groupe comme « entreprise » unique. Mais il ne s'agit jusqu'à ce jour que d'indices. Ce qu'il faut essayer de déterminer, c'est si la Cour de Justice peut poursuivre dans cette voie, remettre éventuellement en cause ses prises de position antérieures concernant l'entreprise, voire permettre une reconnaissance de l'« entreprise » pour elle-même en tant que sujet original du droit européen de la concurrence.

La Cour elle-même a indiqué ⁵¹ qu'elle ne se considérerait sans doute pas tenue par sa définition de l'entreprise en matière de péréquation de la ferraille au point de devoir refuser à l'avenir toute évolution à la notion d'entreprise, même aux fins de l'application de règles de nature tout à fait différente. Un autre élément joue en faveur d'une évolution de la notion d'entreprise. Il s'agit du caractère autonome des règles communautaires sur la concurrence qui manifestent dans leur mise en œuvre une indépendance fondée sur une double appartenance : au *droit antitrust* d'une part, au *droit communautaire* d'autre part.

A. *Autonomie du droit antitrust.*

A la suite des décisions de la Commission relatives à l'application des articles 85 et 86 aux groupes de sociétés, la reconnaissance du groupe comme entreprise unique et son corollaire, la dépersonnalisation des filiales, ont été l'objet de certaines critiques. Evoquant la thèse de la Commission dans la décision *Continental Can* aboutissant à une personnalisation du groupe de sociétés, Focsaneanu la qualifie de juridiquement inacceptable et pratiquement dangereuse et inopportune.

« Elle revient, en somme, à *supprimer le principe de la responsabilité limitée* qui est à la base du système des sociétés de capitaux et forme une pièce maîtresse de l'ordre économique contemporain. » ⁵²

Pour cet auteur, les droits des sociétés nationaux n'ont prévu des limites ou des dérogations à ce principe fondamental que dans des cas particuliers prévus par la loi.

Les critiques portées à la Commission sur ce point ne nous paraissent pas fondées. Tout d'abord, on doit remarquer que le droit des sociétés lui-même est l'objet ces dernières années dans de nombreux pays d'une impor-

⁵¹ V. *supra* pp. 120-122.

⁵² *Op. cit.* n° 34-38.

tante évolution qui va précisément dans le sens d'une reconnaissance de l'intérêt du groupe⁵³. La Commission ne fait qu'en tirer certaines conclusions propres à la mise en œuvre des règles de concurrence.

Par ailleurs, en interprétant les règles du droit antitrust, il n'y a pas lieu nécessairement d'être lié par des principes qui trouvent leur fondement au sein d'une autre branche juridique : le droit des sociétés. Ainsi en considérant les fins particulières⁵⁴ des règles du droit européen de la concurrence, on peut admettre que la seule indépendance juridique de la filiale n'est pas déterminante.

Confronté aux articles 85 et 86, le « groupe de sociétés » n'apparaît plus en réalité comme une entité de même nature que celle qui fait l'objet du « droit des groupes de sociétés » au niveau communautaire et à celui des divers droits nationaux. L'interprète des règles de concurrence ne voit lui qu'un ensemble économique composé de plusieurs sujets de droit, face auxquels il se demande s'il faut estimer qu'il y a unité ou pluralité d'« entreprises ». Une tendance se dessine suite aux décisions de la Commission pour admettre que le « groupe de sociétés » doit être traité comme « entreprise » unique. Elle est l'expression d'un droit antitrust qui s'affirme d'une manière autonome et souveraine⁵⁵ sans être « à la remorque » d'une évolution parallèle et partiellement coïncidente⁵⁶ qui peut entraîner la reconnaissance de la réalité du groupe de sociétés au sein du droit commercial.

B. *Autonomie du droit communautaire.*

La Cour de Justice lorsqu'elle dit le droit européen veille aussi au respect de certains principes fondamentaux (sécurité juridique, justice, égalité de traitement, etc.) appliqués dans les divers droits nationaux des pays membres et dont la stricte observation peut s'imposer à des degrés variables selon les branches du droit envisagé (droit commercial, droit fiscal, droit social, etc.). Toutefois, cela n'empêche pas que la Cour de Justice, comme la Commission, applique un droit communautaire qui bénéficie d'une certaine autonomie. Seule la finalité des articles 85 et 86, en tant qu'instrument au service des buts du traité lui-même, doit guider l'interprète du droit européen de la concurrence⁵⁷. Celui-ci peut et parfois

⁵³ V. sur ce point Guyenot, p. 172, et cf. *infra* pp. 169-171.

⁵⁴ V. *infra* pp. 139-141.

⁵⁵ Sur les modes d'interprétation originaux de ses concepts, v. *infra* pp 178-180 et 202-205.

⁵⁶ Cf. *infra* pp. 169-180.

⁵⁷ C'est aussi guidée par le respect de la finalité du mécanisme de péréquation de la ferraille que la Cour de Justice avait identifié « entreprise » à sujet

doit même élaborer de nouveaux concepts à l'usage du seul droit communautaire. Il ne doit pas céder à la tentation de se cramponner à des notions et à des modes d'interprétation familiers qui apparaissent peut-être valables dans le contexte au sein duquel ils ont vu le jour, mais peuvent se révéler insuffisants voire nocifs s'ils sont transposés automatiquement dans l'ordre communautaire.

Reconnaissant à la Commission un droit à tirer parti de l'autonomie du droit communautaire, Saint-Esteben souligne au sujet de la décision *Continental Can* :

« Il ne s'agit pas de faire voler en éclat les principes fondamentaux du droit des sociétés, mais simplement de constater que les articles 85 et 86 ne sauraient être à la traîne des qualifications nationales. » ⁵⁸

Cet auteur estime qu'en définitive, en imputant à *Continental Can* le comportement de ses filiales, la Commission n'est pas encore allée jusqu'à créer une nouvelle notion d'entreprise. Il admet toutefois que cette éventualité était parfaitement concevable et admissible.

« Mais l'aurait-elle effectivement suivi, qu'il n'y aurait pas eu matière à scandale. En détachant la notion d'entreprise de celle de personne morale dans les groupes de sociétés, la Commission aurait simplement affirmé l'indépendance d'une *notion de droit communautaire* par rapport aux qualifications nationales, démarche dont la validité a été maintes fois reconnue par la Cour de Justice. » ⁵⁹

Par le passé, pour la clarté et la sécurité des rapports de droit au sein de la CECA, la Cour de Justice n'a pas voulu créer une notion originale d'entreprise craignant qu'elle ne soit source de doute quant à l'identification du patrimoine qui serait titulaire des droits et débiteur des obligations résultant, pour les entreprises, des dispositions du traité ⁶⁰. Aux fins de l'application du mécanisme de péréquation de la ferraille, le droit communautaire n'avait pas de raison particulière d'affirmer son

de droit. Dans cette circonstance, la notion d'entreprise n'a pas pu accéder à l'autonomie. Elle n'était qu'un critère légalement justifié devant servir pour la détermination des sujets auxquels incombaient des charges de droit public. *C.J.C.E.*, Arrêt *Klöckner*, *Rec.*, 1962, 647. V. *supra* p. 36.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 252.

⁵⁹ *Ibid.*, cf. par exemple la jurisprudence relative à la notion de « travailleur migrant », Arrêt « Unger » du 19 mars 1964 : *Gaz. Pal.*, 1964, I, 424 ; ou encore pour la notion de « juridiction » au sens de l'article 177, 30 juin 1966, aff. 61/65 : *Rec. C.J.C.E.*, vol. XII, 377 ; pour le principe de cette indépendance, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Rec. C.J.C.E.*, vol. XVI, 1125.

⁶⁰ V. *La CECA*. Bruxelles, Institut des Relations Internationales, 1953, p. 83, cf. *supra* p. 20 note 9.

autonomie. L'identification « entreprise — sujet de droit » se justifiait dans la mesure où il fallait tenir compte pour désigner les sujets auxquels incombaient les charges du mécanisme, des particularismes des divers droits internes dont la plupart ignorent l'entreprise ⁶¹.

Par contre, dans la mesure où la finalité des règles de concurrence du Traité CEE postule l'adoption d'une notion originale d'entreprise, alors en raison de l'*autonomie du droit communautaire*, la Cour de Justice pourrait souscrire à une telle évolution même si le droit communautaire se sépare sur ce point des conceptions traditionnelles en vigueur dans les droits internes des pays membres.

Une objection peut cependant surgir face à toute notion originale de l'entreprise. N'y a-t-il pas un principe d'*unité du droit communautaire* qui s'oppose à la création de plusieurs notions d'entreprise dans le droit issu des Traités de Paris et de Rome ? On doit admettre avec la majorité de la doctrine ⁶² que si le contexte dans lequel se trouve cette notion est différent ⁶³, alors un contenu variable peut être donné à la notion d'entreprise au sein du droit communautaire.

L'application des règles de concurrence constitue un domaine qui diffère si profondément de celui dans lequel la Cour de Justice a été amenée à élaborer déjà une définition très claire de l'entreprise que cette définition n'est sans doute pas transposable automatiquement aux fins de l'application des articles 85 et 86. Néanmoins cette définition a l'avantage d'exister et, en l'absence d'autres définitions communautaires d'entreprise, une présomption qui n'est pas irréfragable existe que la notion déjà construite par la Cour doit être utilisée à nouveau. Dès lors, la Cour de Justice ne se résoudra pas à élaborer une nouvelle notion d'entreprise sans avoir réussi à établir que l'ancienne ne répond pas *aux besoins du droit européen de la concurrence* et que par conséquent la réception d'un nouveau concept s'avère inévitable. On doit donc penser que c'est dans l'analyse comparée de la définition existante avec les *finalités propres des règles de concurrence* que réside la seule chance d'une évolution de la notion d'entreprise.

⁶¹ J.P. Abraham, « Les entreprises comme sujets de droit dans la Communauté Charbon-Acier », *Les Cahiers de Bruges*, vol. 4, 1954, p. 261, montre ainsi l'influence que les conceptions de droit interne ont pu avoir en cette occasion sur la définition de l'entreprise : « Les règles de droit concernant les entreprises sont conçues pour une large part comme réglementation d'une capacité juridique qui relève du droit interne et qui est implicitement reconnue par le Traité. » V. aussi R. Quadri et alii, *Trattato istituto della CECA. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. II, p. 1177.

⁶² V. *supra* p. 119.

⁶³ V. sur ce point *supra* p. 122.

§ 2. INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE DU TRAITÉ CEE ET EFFET DU RESPECT DES FINALITÉS DES RÈGLES DE CONCURRENCE.

A. *Principes d'interprétation à suivre.*

Le pouvoir d'interprétation de la Cour de Justice a l'occasion de s'exercer à l'endroit d'expressions et de notions communautaires que le législateur, intentionnellement ou par négligence, n'a pas dotées d'une signification lumineuse et incontestée. La notion d'entreprise est de celles-ci. En une première occasion, la Cour avait été forcée de chercher elle-même le sens à donner au terme « entreprise » lorsqu'il désigne le débiteur d'une contribution dans le cadre d'un mécanisme de péréquation. Considérant comme primordial le principe de la *sécurité juridique*, la Cour avait alors assimilé « entreprise » à « sujet de droit »⁶⁴, utilisant le critère simple, sûr, mais souvent injuste de la personnalité morale.

Quels principes d'interprétation doit-on mettre au premier plan lorsque l'on considère les règles de concurrence du Traité CEE ?⁶⁵ L'*interprétation littérale* du texte des articles 85 et 86 est de peu de secours⁶⁶. Celle qui s'appuie sur le *contexte* est plus enrichissante. Elle tendrait déjà à nous rappeler que les articles 85 et 86 s'insèrent dans des règles de concurrence mises au service de l'ensemble du traité. D'emblée le but de la règle à interpréter apparaît dans toute sa dimension. Il ne s'agit plus ici de prévoir simplement l'application sûre et régulière d'une disposition parafiscale mais bien d'assurer le respect d'une norme au service de l'un des buts du traité. Le juge devra donc s'interroger sur la *finalité de la disposition* litigieuse — les articles 85 et 86 — en vue de déterminer le sens qu'il faut donner au terme « entreprise » pour que, dans sa mise en œuvre, la règle de concurrence réponde le mieux à la fonction qui est la sienne dans la Communauté. Le président Lecourt caractérise de la manière suivante cette méthode qu'il qualifie d'interprétation téléobjective et qu'on appellera plus simplement interprétation téléologique.

« C'est ce lien nécessaire entre le droit et sa finalité qu'a parfois tenté de dégager la jurisprudence de la Cour.

Elle rapproche alors la disposition litigieuse des principes énoncés par les traités. Elle confronte l'interprétation technique retenue aux

⁶⁴ Cf. *supra* p. 35.

⁶⁵ Sur les divers principes suivis par la Cour v. l'étude de son président, R. Lecourt, *Le juge devant le Marché commun*. Genève, Droz, 1970, pp. 60-61.

⁶⁶ De même, on a vu que les *travaux préparatoires* du Traité de Rome n'offrent pas d'éclaircissements à l'interprète de la notion d'entreprise. V. *supra* p. 49.

objectifs généraux visés par ceux-ci pour dégager, dans une perspective téléobjective, le sens que revêt dans cette vision le texte contesté. D'où l'expression 'd'effet nécessaire' qui a été proposée pour caractériser cette méthode qui ne vise donc pas seulement à dégager l'utilité immédiate sans laquelle le texte serait privé de sens, mais qui tend à le remplacer dans sa véritable fonction dans le cadre d'une Communauté en voie de formation. » ⁶⁷

Les règles de concurrence du Traité CEE ne peuvent être interprétées isolément. Il est nécessaire de tenir compte de leur contexte et de leur but ⁶⁸. On doit d'ailleurs remarquer qu'il s'agit là d'une caractéristique essentielle non pas seulement du droit européen de la concurrence mais du *droit économique* en général dont il faut mettre en relief le caractère *instrumentaliste* ⁶⁹.

Dès lors, l'interprète des articles 85 et 86 ne peut pas se contenter de conférer au terme « entreprise » le contenu qu'appelle sa première réaction de juriste, ni même le sens qui a pu être donné à cette notion dans un contexte différent. Il faut veiller à charger ce terme de la signification qui apparaît la mieux apte à permettre aux règles de concurrence de remplir le rôle que leur a confié le traité ⁷⁰. Davantage peut-être que d'autres réglementations antitrust, celle de la CEE apparaît en effet essentiellement comme un moyen au service de certaines finalités.

Pour analyser ces dernières, on doit se reporter aux principes fondamentaux énoncés aux articles 2 et 3 du traité.

⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 63-64.

⁶⁸ Dans ce sens, v. J.A. Ellis, « Source Material for Article 85 (1) of the EEC Treaty », *Fordham Law Review*, vol. 32, 1963-1964, p. 248 ; C. Champaud, « L'apport du droit communautaire au droit économique », *Cah. dr. eur.*, vol. 6, 1970, p. 566 ; R.M. Chevallier, « Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law », *C.M.L. Rev.*, vol. 2, 1964, pp. 21-35.

⁶⁹ V. sur ce point A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*. Paris, P.U.F., 1970, p. 96 : « La règle de droit se présente, en effet, comme un instrument destiné à exercer le plus efficacement possible certaines fonctions vis-à-vis de l'économie. Qu'il s'agisse d'assurer les conditions d'existence et de libre fonctionnement de l'économie de marché ou, au contraire, que la règle juridique soit destinée à mettre en œuvre des politiques économiques de l'État, le droit est conçu comme étant au service de l'économie. »

⁷⁰ B.P. McAllister, « Current Developments in United States Antitrust Law and Restrictive Business Practice Law in Western Europe », *Private Investors Abroad. Symposium*. Dallas. New York, Bender, 1968, p. 114, constate ainsi en opposant le droit communautaire au droit antitrust américain : « In Europe, on the other hand, the antitrust law of the European Economic Community is but one of many means of implementing the overriding purpose of the Treaty of Rome. »

L'article 2 définit en ces termes la mission de la Communauté :

« La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit. »

Puis, après le but que s'est fixé la Communauté, divers moyens propres à sa réalisation sont énumérés au sein de l'article 3.

« Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent Traité :

f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, ...

Dans le cadre de la politique de concurrence défini par les autorités communautaires, la Cour de Justice devra donc adopter en définitive une conception de l'entreprise qui permette une mise en œuvre des articles 85 et 86 conforme aux buts du traité ⁷¹.

B. *Effet et limite d'une prise en considération des finalités du traité.*

L'explication du contenu de ces finalités est nécessaire si l'on veut veiller à leur respect dans l'interprétation des articles 85 et 86. L'article 2 mentionne un certain nombre d'objectifs fixés à la Communauté par les auteurs du Traité de Rome. Il s'agit là de buts permanents et parfois lointains que l'interprète du droit communautaire doit constamment garder présents à l'esprit. Cependant lors de l'interprétation d'une disposition ou

⁷¹ Citant un argument du gouvernement italien, la Cour de Justice dans l'arrêt *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la C.E.E.*, aff. 32/65, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 563, 576, déclare : « ... Attendu que l'article 85 paragraphe 1, corroborerait cette façon de voir, les expressions 'accord entre entreprises' et 'concurrence' par lui employées devant être rattachées l'une et l'autre et en liaison avec le but recherché conformément d'ailleurs à l'art. 3, f, du traité. »

N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés Européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, p. 414, s'exprime plus nettement dans ce sens : « Par conséquent, à plus forte raison qu'en ce qui concerne les deux autres traités, la notion d'entreprise aux termes du traité C.E.E. ne saurait être recherchée sur la base d'une notion purement juridique et formelle, mais uniquement sur la base d'une notion économique, en conformité avec les finalités du traité et l'objet spécifique de chacune de ses dispositions. » (C'est nous qui soulignons.)

d'une notion particulière, il est souvent difficile de déceler concrètement l'influence de tels objectifs fondamentaux sur le contenu de la norme communautaire. Dans le cadre de la poursuite de ces buts fondamentaux et dans le respect de la « politique de la Communauté » définie dans le traité ⁷², les organes communautaires tendent à déterminer et à définir un certain nombre d'objectifs plus précis. Ceux-ci peuvent être coordonnés dans le cadre de programmes de politique à moyen et à long terme. La poursuite de ces objectifs « dérivés » constitue l'objet des diverses « politiques communautaires » ⁷³.

L'interprétation des règles de concurrence apparaît régie par la poursuite non seulement des buts fondamentaux du traité mais également des objectifs plus concrets contenus dans les diverses politiques communautaires, particulièrement dans la politique de concurrence. La finalité de la règle de concurrence trouve ainsi son reflet dans la politique de concurrence en vigueur. On peut donc penser que le cadre de référence sur lequel la Cour de Justice va se baser en dernière analyse lorsqu'elle recourt à l'interprétation téléologique n'est peut-être pas un cadre statique, immuable, fixé une fois pour toutes dans les articles 2 et 3 du traité. Ce point de référence pourrait se trouver en quelque sorte « actualisé » en permanence à travers la politique de concurrence de la Communauté.

Si ce dernier point de vue est admis, une conséquence importante en découle pour la définition de l'entreprise au sens des articles 85 et 86. A la limite, la Cour pourrait être amenée à construire puis adopter la notion d'entreprise qui convient le mieux à la mise en œuvre effective de la politique de concurrence décidée par les organes communautaires.

Toutefois, cette constatation doit être nuancée en raison du double aspect de la fonction remplie par la Cour de Justice. D'une part, elle joue un rôle *créateur* en interprétant le droit communautaire. C'est à ce titre que, lorsque cela est nécessaire ⁷⁴, elle ne doit pas craindre de forger des concepts nouveaux pour autant qu'ils permettent d'assurer une interprétation de la règle communautaire permettant le respect dû aux finalités du traité. La Cour elle-même n'est pas responsable du contenu de ces

⁷² V. Traité CEE, Troisième partie : « La politique de la Communauté », art. 85 à 130.

⁷³ Ainsi la politique de concurrence ; la politique fiscale ; la politique économique et monétaire ; la politique régionale ; la politique sociale ; la politique agricole commune ; la politique de développement industriel, technologique et scientifique ; la politique énergétique et la politique commune des transports.

⁷⁴ Son rôle n'est sans doute pas de créer sans raisons tout à fait particulières de nouveaux concepts du droit communautaire. Toutefois, c'est bien à elle d'emprunter cette voie, qu'elle seule peut ouvrir, lorsque la reconnaissance d'une notion originale lui paraît répondre à une *nécessité juridique*.

finalités. Son rôle se limite à interpréter le droit communautaire d'une manière qui leur soit conforme.

D'autre part, la Cour joue un rôle *conservateur*, celui de gardienne du traité, chargée d'assurer une certaine unité dans l'interprétation de ses concepts. Dans cette seconde tâche, elle est entre autres préoccupée par le respect du principe de *sécurité juridique*. Cela peut parfois la conduire à refuser certaines solutions qui paraissent peut-être souhaitables du seul point de vue de l'*efficacité des règles de concurrence* et éventuellement admissibles dans le cadre de l'interprétation téléologique du traité. En effet, une définition ou un raisonnement de la Cour doit pouvoir garder une certaine pérennité au-delà des diverses péripéties marquant l'édification du droit communautaire. Dès lors, ce n'est qu'avec prudence que la Cour de Justice peut tenir compte du contenu de la politique de concurrence puisque cette dernière constitue une donnée par définition fluctuante⁷⁵.

Pour être fidèle à cette double mission, la Cour dispose donc d'une étroite marge de manœuvre. Elle doit veiller à l'authenticité du sens donné aux concepts du droit communautaire sans toutefois freiner leur évolution lorsque celle-ci paraît la condition nécessaire au respect des finalités du traité.

C. *Concentration d'entreprises et groupes de sociétés dans la politique de concurrence de la CEE.*

Au cours de ces dernières années, les autorités communautaires ont élaboré une politique à l'égard des concentrations d'entreprises. Les problèmes que le phénomène de la concentration soulève du point de vue du maintien de la concurrence dans le Marché commun ont retenu particulièrement l'attention. On montrera lors du prochain paragraphe que la définition de l'entreprise visée par les articles 85 et 86 peut se trouver au centre d'un important débat. Celui qui naît de la tension résultant de la poursuite simultanée de deux objectifs parfois opposés : la concentration des entreprises européennes d'une part, la sauvegarde de la concurrence entre le plus grand nombre d'entreprises d'autre part. La mise en œuvre des articles 85 et 86 à l'égard des concentrations déjà réalisées ou en voie de réalisation oblige en effet à prendre parti sur le contenu de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence.

Après avoir, il est nécessaire de rappeler quelques lignes directrices de la politique de concurrence suivies par la Communauté en matière de concentration.

⁷⁵ Contre une interprétation dite de politique économique, v. *infra* p. 151 note 111.

En consultant à ce propos des experts indépendants, la Commission a établi en 1965 un Mémoire sur « la concentration dans le Marché commun » ⁷⁶. Dans sa partie III, ce document prend clairement position sur le problème de l'applicabilité des articles 85 et 86 CEE aux concentrations d'entreprises. Contrairement à l'avis de la majorité des professeurs consultés, la Commission concluait à la non-application de l'article 85, seule l'interdiction prévue par l'article 86 pouvant être appliquée dans certaines circonstances exceptionnelles. Étaient placés hors d'atteinte de l'article 85 aussi bien la fusion totale qui crée une seule « entreprise » juridiquement centralisée que les autres modes de concentration conduisant à la création ou au développement d'un groupe de sociétés, c'est-à-dire d'un seul ensemble économique.

Parallèlement lors d'un important discours prononcé en 1965, M. H. von der Groeben alors membre de la Commission donnait un encouragement officiel à la concentration des entreprises dans le Marché commun pour autant qu'elle apparaisse économiquement nécessaire, c'est-à-dire qu'elle accroisse la productivité ⁷⁷. Puis les autorités communautaires publiaient en 1969 et 1970 deux textes importants dans lesquels était réaffirmée la nécessité d'une restructuration des entreprises dans la CEE. Il s'agit du Mémoire de la Commission sur « la politique industrielle de la Communauté » ⁷⁸ et du « Second programme de politique économique à moyen terme » du Conseil ⁷⁹. Ce dernier document suggérait notamment une suppression des principaux obstacles à l'adaptation structurelle des entreprises et ceci dans les divers domaines concernés (droit des sociétés, fiscal, de la concurrence, etc.). Mais alors un problème important et délicat allait se poser. Celui de la compatibilité de l'accélération du processus de concentration et de restructuration des entreprises avec le respect des règles de concurrence prévues dans le Traité de Rome. Malgré les précautions de style prises par les autorités communautaires, la poursuite conjointe de ces deux objectifs parfois contradictoires apparaissait de plus en plus difficile ⁸⁰.

Par ailleurs, dès 1965, le Parlement européen avait chargé une Commission d'établir un rapport sur les règles de concurrence et la position

⁷⁶ Ce Mémoire du 1^{er} décembre 1965 a paru dans la collection *Études, Série concurrence*, n° 3, Bruxelles, 1966, 26 p. Il est également reproduit in *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 653 (ci-après *Mémoire. Concentration*).

⁷⁷ Discours du 16 juin 1965 devant le Parlement européen. « La politique de concurrence partie intégrante de la politique économique dans le Marché commun », Doc. 8158/1, VI/1965/5. *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 1, 1965, pp. 409-410.

⁷⁸ Bruxelles, 1970, pp. 141-147 (ci-après *Mémoire. Politique industrielle*).
⁷⁹ *J.O.C.E.*, 30 mai 1969 ; v. Doc. COM (68) 148 final, Bruxelles 20 mars 1968. Chap. II : « Politique de l'adaptation structurelle des entreprises » et Chap. III : « Politique des structures sectorielles ».

⁸⁰ V. dans ce sens C. Champaud, « Liberté de la concurrence », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 5, 1969, p. 753.

des entreprises européennes sur le marché communautaire et dans l'économie mondiale⁸¹. Au sein du Parlement européen s'ouvrit alors un vaste débat sur ce thème. Il allait opposer ceux qui trouvent que les concentrations ne sont pas assez encouragées à ceux qui s'inquiètent qu'on laisse se développer librement un phénomène qui peut un jour aboutir à la domination de certains secteurs clés de l'économie européenne par un très petit nombre de grandes entreprises à la croissance interne et externe particulièrement dynamique. En définitive le Parlement se prononça non sans difficulté ni opposition⁸² en faveur d'une certaine forme de contrôle des concentrations. Il adopta le 7 juin 1971 le texte d'une résolution dans laquelle il déclare entre autres :

« qu'il s'impose de prévoir une notification préalable pour les concentrations dont la réalisation permettrait de dépasser un certain taux de participation au marché ou un ordre de grandeur donné ; ces concentrations ne devraient être considérées comme autorisées que si la Commission ne s'y est pas opposé dans un délai qui reste à déterminer ; »⁸³.

Cette résolution est apparue essentiellement comme une *déclaration politique*⁸⁴ dont l'insertion au sein des règles de concurrence dont dispose actuellement le traité soulève de grosses difficultés. Celles-ci ont été soulignées devant le Parlement européen par M. Borschette, membre de la Commission⁸⁵.

Avant de saisir le Conseil d'une proposition législative en matière de contrôle des concentrations⁸⁶, la Commission par sa décision *Continental Can* du 9 décembre 1971 a tenté une première application de l'article 86 à la concentration. Plusieurs représentants de la doctrine ont jugé cette application très discutable étant donné que le Traité de Rome ne prévoit pas de contrôle des concentrations à l'opposé du Traité de Paris. Devant cette lacune, ne fallait-il pas attendre que le Traité CEE soit complété sur

⁸¹ V. *Rapport Berkhouwer*. Parlement européen. Document de séance 1969-1970. Doc. 197 et *Deuxième rapport complémentaire*. Doc. 227/70.

⁸² V. *Débats du Parlement européen*. Compte rendu de la séance du 7 juin 1971, Point n° 12. « Règles de concurrence et position des entreprises européennes », pp. 18-39.

⁸³ *J.O.C.E.*, n° C 66/12 du 1.7.71, point 9 de la résolution.

⁸⁴ V. *Débats du Parlement européen*. Séance du 7.6.1971. Intervention de M. Oele, p. 26.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁸⁶ V. texte de la réponse du 4 novembre 1971 de la Commission à une question écrite n° 302/71 de M. Vredeling, membre du Parlement européen. *J.O.C.E.*, n° C 117/11 du 19.11.1971. Le 8 juillet 1973, la Commission a soumis au Conseil un projet de règlement sur le contrôle des concentrations. V. *W.u.W.*, vol. 23, 1973, pp. 266-267 et 530. *J.O.C.E.*, n° C 92/1 du 31.10.1973 et C 23/19 du 8.3.1974.

ce point plutôt que d'utiliser l'article 86 pour une fin à laquelle il n'était sans doute pas destiné. On peut tenter d'expliquer la position de la Commission par la conjonction historique de l'impossibilité de modifier le traité, tant que l'élargissement de la Communauté n'était pas définitivement réalisé, avec les difficultés politiques face à l'élaboration d'une législation communautaire en matière de concentration. Une telle législation paraît d'ailleurs liée à la mise sur pied par les Etats membres d'une politique industrielle communautaire⁸⁷. Par sa décision *Continental Can*, la Commission aura forcé la Cour de Justice à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 86.

Bien que la décision de la Commission ait été annulée par la Cour dans son arrêt rendu le 21 février 1973⁸⁸, la motivation de la décision ayant été jugée insuffisante, le principe de l'application de l'article 86 à certaines opérations de concentration a été confirmé par la Cour de Justice. Celle-ci a ainsi placé des limites au respect dû aux opérations de restructuration aboutissant à la création ou renforcement d'un groupe de sociétés. La Cour a admis l'application de l'article 86 notamment lorsqu'une telle opération a pour conséquence que les entreprises intégrées au sein d'une unité organique atteignent une puissance dominante telle que toute chance sérieuse de concurrence serait substantiellement écartée⁸⁹.

§ 3. VERS UNE NOTION D'ENTREPRISE CONFORME AUX BUTS DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE DE CONCENTRATION ET DE GROUPES DE SOCIÉTÉS.

La mise en œuvre des règles de concurrence à l'égard des entreprises en voie de concentration ou déjà intégrées exige la prise en considération de plusieurs objectifs parfois contradictoires. En principe la sauvegarde d'un régime de libre concurrence suppose le maintien du plus grand nombre possible d'opérateurs économiques sur le marché. A ce titre, toute opération de concentration qui diminue le nombre des entreprises n'est pas favorable et devrait être contrôlée. Par contre, il faut aussi considérer d'un point de vue global que la Communauté a un effort important à faire dans plusieurs secteurs économiques pour créer des structures plus concurrentielles face à certains géants économiques de pays tiers. A ce second titre, le processus de concentration doit être encouragé. De la poursuite parallèle de ces deux objectifs découlent les conséquences pratiques suivantes en ce qui concerne l'application des articles 85 et 86. On ne va pas

⁸⁷ V. Saint-Esteben, p. 266.

⁸⁸ V. arrêt cité *supra* p. 130.

⁸⁹ Arrêt cit. consid. 18.

appliquer l'article 85 aux opérations de concentration et aux relations intragroupes mais on se réserve la possibilité d'utiliser l'article 86 contre certaines d'entre elles.

Il s'agit de démontrer qu'une telle attitude, conforme au respect dû aux finalités du traité, passe par une nouvelle conception de l'« entreprise » en tant que sujette des règles de concurrence.

A. *Soustraction de la structure et du comportement interne des groupes de sociétés de l'empire de l'article 85.*

Selon la doctrine défendue par la Commission⁹⁰, le phénomène de la concentration échappe totalement à l'application de l'article 85, le texte de cette disposition ne se prêtant pas à une telle mise en œuvre. Sans entrer dans le débat⁹¹ que cette question a suscité, on doit souligner qu'une telle thèse n'apparaît ni satisfaisante ni convaincante d'un point de vue strictement juridique⁹².

Par contre des arguments d'une autre nature existent qui justifient la non-application de l'article 85 aux concentrations. Il convient de les mettre en relief car en fait ils reposent essentiellement sur l'unité d'entreprise du groupe de sociétés⁹³.

⁹⁰ V. *supra* p. 142.

⁹¹ V. les rapports au Colloque de Paris sur « Coopération, concentrations, fusions d'entreprises » de E. Steindorf, *Rev. M.C.*, 1968, pp. 188-200, et de W.C. Schlieder, pp. 216-220 (ci-après *Colloque de Paris*).

V. aussi P. Van Ommeslaghe, « L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 3, 1967, pp. 468-477 ; W. Hefermehl, « Concentrations entre entreprises appartenant à différents pays de la Communauté économique européenne ». Rapport au Congrès de Rome de la F.I.D.E. sur « La concentration d'entreprises dans le Marché commun », *Riv. soc.*, vol. 13, 1968, pp. 1048-1053 ; N. Catalano, « Le groupement d'entreprises et le Traité de la C.E.E. ; rapports et différences entre l'article 85 et l'article 86 du Traité C.E.E. », *Bull. Ass. jur. eur.*, 1965, p. 97.

⁹² V. G. Bernini, *Concentration outside the United States*. Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly, United States Senate, 90 Congress, Washington, U.S. Government Printing Office, 1968, Part 7, p. 3568 (ci-après *Concentration outside the United States*), et *Colloque de Paris*, p. 277 ; Goldman, *Droit commercial européen*, pp. 360-361, n° 327, et *Colloque de Paris*, p. 281.

⁹³ Les cas de « fusion totale » intracommunautaires sont restés à ce jour négligeables. Le phénomène de la concentration des entreprises résulte donc pour l'essentiel de la création ou du renforcement de « groupes de sociétés ». Cf. les résultats de l'enquête effectuée à la demande de la Commission sur les nouvelles opérations de concentration de 1961 à 1969 et portant sur 15 secteurs ou sous-secteurs de l'industrie manufacturière. *Mémorandum. Politique industrielle*, pp. 89-90, *spéc.* Tableau p. 92.

La Commission prend position en faveur de la doctrine connue aux Etats-Unis sous le nom de « double standard »⁹⁴ selon laquelle « ententes » et « concentrations » sont l'objet d'une approche fondamentalement *différente* en droit antitrust. En effet du point de vue du nombre d'opérateurs économiques sur le marché, ces deux situations ne sont pas comparables. L'entente apparaît comme

« un accord entre entreprises restant autonomes, en vue d'un comportement déterminé sur le marché »

alors

« qu'on parle de concentration lorsque plusieurs entreprises sont regroupées sous une direction unique en abandonnant leur autonomie économique. »⁹⁵

L'une des principales raisons par laquelle la Commission justifie la soustraction des concentrations de l'empire de l'article 85 réside dans la constatation que lors de celles-ci, contrairement à la situation de l'entente, il y a création d'une *nouvelle entité économique*. La concentration conduit à une *modification des rapports de propriété* et à la *dépendance économique* de l'un ou de plusieurs des sujets de droit intéressés. Même s'il subsiste des personnalités juridiques distinctes, en l'absence de fusion totale, la Commission refuse de considérer qu'il puisse y avoir « entente ». Pratiquement les sociétés ainsi concentrées n'apparaissent plus comme des « entreprises » au sens de l'article 85. *A contrario* le passage suivant du Mémoire confirme cette interprétation :

« En outre, l'article 85, paragraphe 1, reste applicable lorsque l'accord ne provoque pas une modification irréversible de la propriété, mais seulement une coordination du comportement sur le marché d'entreprises restant économiquement indépendantes. »⁹⁶

A la modification des rapports de propriété s'ajoute généralement une *unité de direction et de gestion* des sociétés concentrées. Ce phénomène a été mis en évidence dans la doctrine et certains se sont demandé s'il n'y avait pas création d'une seule nouvelle « entreprise » au sens de l'article 85⁹⁷. Pareille déduction à laquelle la Commission ne s'est pas livrée justi-

⁹⁴ Sur cette notion v. Hefermehl, p. 1032 ; *Concentration outside United States*, dépositions de Gunther, p. 3483, et De Jong, pp. 3628-3629.

⁹⁵ *Mémoire. Concentration*, p. 21.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁷ Steindorff, pp. 197-198, observe dans ce sens : « On peut admettre comme critère de ce genre qu'il existe un processus de concentration chaque fois qu'une *nouvelle unité d'entreprise* ('*Unternehmenseinheit*') se constitue sous sa propre direction. C'est sans doute pour cette raison que ce critère s'est imposé à juste titre d'une manière générale. »

fierait alors de manière pleinement satisfaisante la non-application de l'article 85.

Il nous apparaît que le traitement des concentrations d'entreprises et celui des accords intragroupes doit être envisagé simultanément si l'on ne veut pas aboutir à des conséquences choquantes. Trois étapes ou aspects de la concentration sont à distinguer pour leurs éventuels effets anticoncurrentiels.

On doit d'abord songer à l'aspect dynamique de l'*opération* qui aboutit, souvent grâce à des accords, à la création d'une *nouvelle entité économique* (groupe de sociétés) et même parfois juridique (cas de fusion totale). On pourrait théoriquement admettre qu'il y a « accord entre entreprises » car en général la dépendance ne préexiste pas à l'accord⁹⁸. Néanmoins, la Commission a clairement pris position contre l'application de l'article 85 dans une telle situation. D'un point de vue statique, il faut ensuite tenir compte de la perspective et du rôle de *structures* économiques plus puissantes qui pourraient menacer l'équilibre fondé sur la concurrence en créant des situations de monopoles. Pour ce deuxième aspect de la concentration, l'article 85 n'est absolument pas adapté. L'article 86 l'est davantage. Mais c'est plutôt de nouvelles dispositions qui devraient être introduites dans le traité le cas échéant. Enfin le troisième aspect, celui du *comportement ultérieur* des sociétés se trouvant à la suite de la concentration sous une direction et un contrôle financier communs n'est pas directement lié au problème du traitement des concentrations. Il en est toutefois le résultat. Une fois l'opération de concentration terminée, s'il ne s'agit pas d'une fusion proprement dite, un certain nombre de sociétés coexistent dont la vie va dépendre très largement de la volonté d'une même unité de contrôle. Le comportement des membres du groupe et notamment les relations intragroupes paraissent avoir été exclus du domaine d'application de l'article 85 par la Commission⁹⁹. La Cour de Justice n'a pas critiqué ce point de vue¹⁰⁰.

L'attitude de la Commission à l'égard des concentrations et des groupes de sociétés ne peut être comprise que si l'on garde constamment présent à l'esprit son désir de concilier les impératifs de sa *politique industrielle* avec ceux de sa *politique de concurrence*. Elle a fait en définitive un *choix politique* qui est celui d'un encouragement des concentrations dans la mesure où celles-ci sont jugées économiquement souhaitables. En fonction de ce choix, il lui est apparu que l'article 86 constituait un moyen approprié d'intervention en cas d'abus. Par contre, toute utilisation de l'article

⁹⁸ Cf. *supra* pp. 74-76.

⁹⁹ V. *supra* pp. 85-100.

¹⁰⁰ V. *supra* pp. 123-131.

85 à l'encontre des concentrations ne pouvait qu'entraver le processus de concentration à encourager. Cette motivation apparaît logiquement avoir présidé au choix de la non-application de l'article 85 tant à l'égard de l'*opération de concentration* que vis-à-vis du *comportement* ultérieur du groupe (accords intragroupes). Ces deux domaines de non-application doivent être examinés successivement.

I. *Respect de la structure du groupe par l'article 85.*

Comme la fusion totale entre entreprises de pays membres différents se heurte à d'importants obstacles, c'est jusqu'à ce jour et encore pour plusieurs années principalement à travers diverses mesures de regroupements — c'est-à-dire essentiellement la constitution et le développement de groupes de sociétés intracommunautaires — qu'apparaît la seule possibilité réaliste de modifier le tissu industriel européen. Outre les mesures actives en faveur de la concentration qui méritent vraiment le terme d'encouragement, on peut parler de mesures passives lorsque des autorités renoncent à l'application de dispositions susceptibles de freiner la concentration. C'est dans cet esprit que pour ne pas gêner ces opérations de restructuration des entreprises, la Commission a tenu dans son Mémoire de 1965 à rassurer pleinement les entreprises intéressées en décidant qu'elle n'appliquerait par l'article 85 en matière de concentration. Face à certains regroupements intracommunautaires, les obstacles d'ordre fiscal, ceux provenant de la diversité des législations sur les sociétés — sans parler des difficultés psychologiques — constituent déjà suffisamment de facteurs susceptibles de faire échouer les opérations de concentration désirées. Il n'est donc pas souhaitable que la menace constituée par l'application éventuelle de l'article 85 ne vienne encore compliquer le déclenchement et le déroulement d'un processus souvent aussi difficile à mettre en œuvre qu'à ralentir une fois lancé ¹⁰¹.

De telles conditions de *politique économique* constituent l'argument le plus sérieux contre l'application de l'article 85. D'ailleurs même ceux qui ont mis en doute le bien-fondé juridique des arguments présentés par la Commission pour justifier la non-application de l'article 85 reconnaissent volontiers qu'une interdiction générale des concentrations, qui pourrait être la conséquence d'une application de l'article 85, ne serait pas souhaitable. Elle irait en effet à l'encontre d'une politique de concurrence conforme aux besoins d'une communauté dans laquelle la taille des entreprises reste insuffisante dans plusieurs secteurs ¹⁰².

¹⁰¹ Cf. D.F. Vagts, « The Multinational Enterprise : A new Challenge for Transnational Law », *Harv. L. Rev.*, vol. 83, 1970, p. 781.

¹⁰² Dans ce sens Goldman, *Droit commercial européen*, p. 361, n° 327.

II. *Respect du comportement interne du groupe par l'article 85* ¹⁰³.

Exonérant de toute application de l'article 85 le processus conduisant à la création ou au renforcement du groupe de sociétés, la Commission, conséquente avec son option fondamentale tendant à l'encouragement de la concentration, n'allait pas chercher à appliquer par contre l'article 85 aux relations intragroupes. L'accélération souhaitée du processus de concentration ne pouvait pas être obtenue si les industriels européens devaient craindre que toutes les relations internes entre membres du groupe seraient considérées comme des accords ou pratiques entre entreprises, éventuellement interdits par l'article 85. Les autorités communautaires ont ainsi tenu compte des effets d'une telle crainte qui a été portée à leur connaissance ¹⁰⁴ et qui apparaissait fondée. En effet, une application généralisée de l'article 85 aux relations intragroupes pouvait avoir pour effet de paralyser la vie des groupes de sociétés. L'expérience montre que quel que soit le degré du contrôle exercé sur ses filiales, la société mère est conduite à tisser avec ces dernières tout un réseau de contrats ¹⁰⁵ sur le Marché commun. La présence de ces contrats est une caractéristique nor-

¹⁰³ Pour une analyse détaillée des motifs en faveur d'une soustraction des relations intra-Konzern du domaine de l'article 1 GWB, basée sur une interprétation téléologique de la loi allemande, v. Harms, *Konzerne*, pp. 106-121.

¹⁰⁴ Ainsi, en avril 1965, la Chambre de Commerce Internationale adressait aux autorités communautaires une demande tendant à l'accélération des réformes juridiques rendant possibles les fusions intracommunautaires et insistant pour « qu'il soit clairement entendu qu'en cas de création — par voie de concentration — d'une exploitation industrielle unique, s'il subsiste malgré cela plusieurs personnes morales, ce qui est souvent inévitable dans l'état actuel des législations nationales, les relations entre ces personnes morales ne sont pas visées par les règles de concurrence du Traité de Rome ». (C'est nous qui soulignons.)

Les concentrations en Europe. Brochure n° 240 de la C.C.I., Paris, 1965, p. 4.

¹⁰⁵ L'objet de tels contrats n'est pas généralement de restreindre une concurrence entre membres du groupe qui n'a pas pu naître, mais répond à d'autres préoccupations (droit des marques, droit fiscal, contrôle des changes, etc.).

Nombreux sont les exemples de tels contrats cités dans la littérature. V. R. Nicole, « Les répercussions de l'art. 85 du Traité de Rome et de ses règlements d'application sur les contrats de licences entre sociétés alliées », *Revue économique et sociale*, vol. 22, 1964, p. 29 ; J.J.A. Ellis, « Joint ventures intra-enterprise arrangements and horizontal arrangements between independent companies », *American Bar Association. Proceedings. Conference on Antitrust and the European Communities*. (Brussels/Luxembourg), New York, A.B.A., 1964, p. 105 ; E.A. Forcione, « Intra-enterprise Conspiracy under the Antitrust Regulations of the Common Market », *Bus. Law*, vol. 25, p. 1436 ; J. Temple Lang, *The Common Market and Common Law*. Univ. of Chicago Press, Chicago, 1966, p. 387 ; B. Goldman, *Cours de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés Européennes*. Licence 4^e année. Paris, Les Cours de droit, 1965-1966, p. 355 ; J. Lassaussais, « Marque de fabrique et droit européen », *Le Monde*, 23 juillet 1969, p. 22.

male d'un groupe dont les activités sont coordonnées par une unité de contrôle commune.

Or de telles relations contractuelles et d'une manière générale l'ensemble des contrats établis entre membres d'un même groupe devraient nécessairement tomber dans le domaine d'application de l'article 85 ¹⁰⁶ si l'on identifie la notion d'« entreprise » avec celle de sujet de droit ¹⁰⁷. Dès lors le seul moyen de permettre de satisfaire aux objectifs de la politique économique de la CEE en n'entravant pas le processus de concentration par une très lourde menace a été de considérer le groupe de sociétés comme *entreprise unique* et d'empêcher ainsi radicalement la mise en œuvre de l'article 85 ¹⁰⁸ à son égard. En allant jusqu'au bout sur cette voie, les autorités communautaires vont être amenées à construire une nouvelle notion d'entreprise. Lorsqu'elle devra se prononcer dans ce sens, la Cour de Justice pourrait y parvenir par le moyen de l'interprétation téléobjective du traité. Alors deux propositions sont à prendre en considération. D'une part, le but actuel du traité — c'est-à-dire ses finalités « actualisées » à travers les politiques communautaires industrielle et de concurrence — consiste dans la création de structures économiques concurrentielle dans la Communauté avec pour corollaire la concentration des entreprises existantes. D'autre part, seule la prise en considération du groupe de sociétés comme entreprise unique permet d'empêcher totalement l'application de l'article 85 aux relations intragroupes ¹⁰⁹ et de laisser

¹⁰⁶ Ce qui ne veut évidemment pas dire que ces accords seraient forcément interdits. Cependant, pour autant que l'on tienne compte aussi bien de la concurrence externe que de la concurrence interne pour apprécier une éventuelle violation de l'article 85, les pratiques intragroupes risqueraient souvent d'être jugées incompatibles avec cette disposition si on les considérait comme des relations entre « entreprises » distinctes. Cela d'autant plus qu'elles ne bénéficient pas souvent de l'exonération frappant les « accords d'importance mineure » (v. Communication de la Commission du 27 mai 1970, *J.O.C.E.*, n° 64 du 2 juin 1970) étant donné que la part sur le marché et le chiffre d'affaires d'un groupe de sociétés est rarement négligeable.

¹⁰⁷ C'est ce que la doctrine américaine a très bien compris en condamnant dans sa majorité la « intra enterprise conspiracy doctrine ». Sans prise en considération du groupe comme un seul sujet du droit antitrust, on n'évite pas une application de la Section 1 Sherman Act avec pour conséquence la mise en cause de toute la gestion centralisée des groupes de sociétés. V. J.J. Brennan, « The Sherman Act and Multi-Corporate Single-Traders : Competition among Affiliates ? » *U. Pa. L. Rev.*, vol. 100, 1952, p. 1013, qui constate : « Conduct which amounts to illegal restraints of trade among competitors such as price-fixing, production quotas, division of territories, uniform conditions of sale is normal on the part of affiliates under centralized control. » Dans le même sens, H.D. Krause, *Bus. Law.*, vol. 17, 1962, p. 925.

¹⁰⁸ Par là est observé le principe du « respect de l'organisation interne de l'entreprise » affirmé par la Cour de Justice à propos des accords de concession exclusive. V. *supra* pp. 76-78 et 97.

¹⁰⁹ Sur cette affirmation, v. *supra* pp. 92-100.

ainsi se créer et vivre les groupes de sociétés pour en réprimer uniquement les abus éventuels au moyen de l'article 86 ¹¹⁰. Or, si l'on admet le bien-fondé de ces deux propositions, il est permis de conclure que l'élaboration d'une notion d'entreprise originale est rendue nécessaire pour assurer le respect des finalités du traité.

Peut-être pourra-t-on objecter à une telle interprétation de la règle de concurrence qu'il s'agit d'une *interprétation* non pas du droit mais de *politique économique*. La Commission elle-même s'est prononcée lors de l'affaire *Grundig* contre un recours abusif aux motifs de politique économique comme prétexte au rétrécissement du domaine d'application de la règle de concurrence ¹¹¹. Toutefois, c'est bien essentiellement sur de telles considérations qu'elle s'est basée pour justifier d'importantes limitations à l'empire de la règle de concurrence, par exemple pour permettre le développement de la coopération entre entreprises ¹¹².

Un tel reproche ne semble pas fondé en ce qui concerne l'appui ainsi offert à l'élaboration d'une nouvelle notion d'entreprise. Certes, la prise en considération du groupe comme entreprise unique a indiscutablement pour effet de *rétrécir* le domaine d'application de l'article 85 en lui soustrayant les accords intragroupes. Elle a en revanche pour résultat d'ouvrir la voie à la mise en œuvre de l'article 86 vis-à-vis des groupes de sociétés ¹¹³. L'évolution du contenu de la notion d'entreprise n'a donc pas uniquement pour effet une restriction de la portée effective des règles de concurrence ¹¹⁴. Il s'agit plutôt d'un *déplacement* de leur emprise due à une identification de leurs sujets qui soit mieux adaptée à la réalité économique de notre temps.

¹¹⁰ Si l'on estime que les dangers que font courir à la Communauté certaines pratiques intragroupes sont tels que l'article 86 n'est probablement pas une arme suffisante, il conviendrait alors de prévoir une disposition particulière pour les groupes de sociétés et non pas de détourner l'article 85 de sa fonction primitive.

Cf. le raisonnement similaire suggéré à propos de la Section I Sherman Act par M. Handler, *American Bar Association. Antitrust Section*, 1953, p. 48 : « If existing law is inadequate, the appropriate procedure is the enactment of new legislation, not the distortion of the conspiracy principle. »

¹¹¹ « Quant au prétendu encouragement de la tendance à la concentration qui dériverait de l'interdiction de l'accord litigieux, la défenderesse observe qu'il s'agit là non pas d'une interprétation du droit, mais d'une interprétation de politique économique et, en tant que telle, dépourvue d'importance dans le cadre de la présente procédure. » Arrêt *Gundig*, aff. 56 et 58/64, 13 juillet 1966, *Rec.*, 1966, 429, 476.

¹¹² V. Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises. *J.O.C.E.*, n° C 75 du 29 juillet 1968, p. 3.

¹¹³ Sur une autre conséquence de l'adoption d'une notion d'entreprise originale, soit la création de nouveaux sujets du droit de la concurrence, v. *supra* pp. 168 et 169 ss.

¹¹⁴ Cf. *C.J.C.E.*, Arrêt *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, aff. 48/69, 14 juillet 1972, *Rec.*, 1972, 619, 633 et *infra* pp. 201 et 254.

B. *L'article 86, seul moyen de contrôle de la structure et du comportement des groupes de sociétés.*

On a vu que dans sa décision *Continental Can*, c'est dans la mesure où elle prenait en considération l'unité du groupe de sociétés traité comme entreprise unique que la Commission est parvenue à appliquer l'article 86 là où une position dominante et un comportement abusif étaient le fait de plusieurs sujets de droit distincts¹¹⁵. Cette attitude fondamentale consistant à voir dans le groupe une seule entreprise aux fins de la mise en œuvre de l'article 86 a été confirmée par la Cour dans son arrêt du 21 février 1973 qui n'a annulé la décision qu'en raison d'une argumentation de la Commission insuffisamment précise¹¹⁶.

Lorsqu'un groupe de sociétés apparaît constituer une entreprise en position dominante, alors l'article 86 doit pouvoir lui être appliqué en cas d'exploitation abusive avec d'autant plus de rigueur que l'article 85 est inapplicable. Une telle solution est satisfaisante car elle n'entrave pas tout processus de concentration, effet que ne manquerait pas d'avoir la mise en œuvre de l'article 85 à l'égard de tous les accords intragroupes. Au contraire, vis-à-vis des groupes en général, ceux qui n'occupent pas une position suffisante pour être jugée dominante, les règles de concurrence du Traité CEE ne font peser aucune menace sur leur comportement interne. Les relations intragroupes échappent à l'article 85. Pour de tels groupes, l'absence de position dominante rend impossible la mise en œuvre de l'article 86. En revanche, dès qu'un groupe de sociétés est en position dominante, alors à défaut d'une possibilité de mise en œuvre de l'article 85 en raison de l'absence de pluralité d'entreprises, il est nécessaire que l'article 86 puisse permettre une surveillance effective du comportement anticoncurrentiel émanant du groupe.

Par exemple si un accord intragroupe a pour effet de graves restrictions à la concurrence vis-à-vis de tiers (cessation de livraisons, boycottage, etc.)¹¹⁷, on pourrait admettre dans un tel cas qu'il s'agit d'une exploitation abusive même si cette situation n'est pas comprise dans l'énumération non limitative des pratiques abusives de l'article 86. Par là, on répond à l'objection que peut susciter la soustraction des accords intragroupes du domaine de l'article 85. Il pourrait en effet paraître dangereux d'empêcher la mise en œuvre de l'article 85 par le seul motif de l'absence d'une concurrence interne susceptible d'être restreinte¹¹⁸. On sait, en effet,

¹¹⁵ V. *supra* pp. 103-108.

¹¹⁶ V. *supra* p. 130.

¹¹⁷ V. Décision *ZOJA*, citée *supra* p. 108.

¹¹⁸ V. le commentaire de la décision *Christiani & Nielsen* et la référence à l'opinion de Tessin, *supra* p. 94 note 25.

qu'un accord intragroupe peut avoir des effets non négligeables sur la concurrence vis-à-vis de tiers (concurrence externe).

Dans le cas du groupe de sociétés, l'application de l'article 86 apparaît mieux fondée économiquement et pratiquement plus aisée. Certes comme l'on fait observer les commentateurs de la décision *Continental Can*, l'article 86 n'a pas été prévu à l'origine comme moyen de contrôler les concentrations. Une disposition expresse dans ce sens devrait donc, le cas échéant, être introduite dans le Traité CEE ou, suite à la fusion des Communautés, dans un nouveau traité. Cependant faute d'autres moyens, à l'heure actuelle, l'article 86 doit pouvoir être utilisé dans des cas exemplaires de position dominante pour faire échec à une procédure d'acquisition qui pourrait très difficilement être atteinte par l'article 85¹¹⁹ et qui entraverait la concurrence dans le Marché commun d'une manière substantielle.

A l'égard des pratiques répréhensibles au sein d'un groupe de sociétés en position dominante, l'application de l'article 86 se révèle satisfaisante. Elle permet un dosage de l'usage de la règle de concurrence pour le cas d'abus alors qu'au contraire toute possibilité de mise en œuvre de l'article 85 à l'égard des relations intragroupes risquerait d'aboutir à une suspicion généralisée de pratiques qui constituent l'essence même de l'organisation coordonnée et centralisée du groupe.

Le fait de considérer le groupe comme entreprise unique aboutit ainsi à une solution logique, rationnelle et économiquement justifiée. Cette constatation s'impose à l'égard de la non-application de l'article 85 aux relations intragroupes, comme de l'application de l'article 86 aux groupes dont un seul membre détient la position dominante et un autre l'exploite abusivement. Une telle solution apparaît conforme aux objectifs que s'est fixés la Communauté. Le renforcement de cette dernière passe aujourd'hui par une concentration des entreprises européennes mais aussi par une surveillance des grands groupes en résultant, afin de réprimer leurs abus en matière de concurrence.

¹¹⁹ L. Focsaneanu, *J.C.P.*, I, 1972, 2452 n° 40, a suggéré que la concentration mettant en jeu S.L.W., Europemballage, Continental et T.D.V. avait pu faire l'objet d'accords ou de pratiques concertées intragroupes pouvant être visés par l'article 85. Toutefois, il estime que des investigations sur la base de l'article 85 « auraient présenté des difficultés pratiques non négligeables pour être menées à bonne fin ». Outre l'absence de pluralité d'entreprises qui empêche la mise en œuvre de l'article 85 dans une telle situation, on doit penser aussi que la preuve du comportement concerté est très difficile à fournir. C'est donc bien en se plaçant sur le terrain de l'article 86 que l'on doit pouvoir combattre certaines concentrations.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

L'examen de la pratique des Traités CECA et CEE de 1952 à 1968 conduit lors de la première partie se terminait sur une interrogation mêlée d'un certain malaise. Pourquoi donc les rédacteurs des traités européens avaient-ils eu recours à la notion d'entreprise, réalité bien connue des économistes, pour refuser de donner dans la pratique un contenu original à ce concept. Si leurs auteurs avaient voulu que jamais la notion d'entreprise ne fasse son entrée parmi les concepts originaux auxquels ont recours les traités, il aurait plutôt fallu prévoir expressément comme destinataires des règles communautaires tous les sujets de droit ou personnes juridiques, selon les divers droits internes des pays membres. En s'abstenant de viser les entreprises, ils auraient épargné bien des difficultés aux organes communautaires. En particulier, la Cour de Justice n'aurait pas eu besoin de chercher à définir cette notion avec les difficultés que cela supposait.

Parvenu au terme de cette deuxième partie, on réalise que le recours au terme « entreprise » dans les traités communautaires était bien fondé. Par la confrontation des groupes de sociétés avec les règles de concurrence du Traité de Rome à partir de 1968, les conditions vont enfin naître qui permettent de comprendre et d'apprécier le rôle véritable de l'entreprise, sujet original de l'ordre communautaire et non plus seulement étiquette commode cachant la personne de son propriétaire.

La Commission, avec l'accord indispensable de la Cour de Justice, a commencé la mise en évidence de la véritable dimension de l'entreprise. En considérant le groupe de société ¹²⁰ comme entreprise unique, elle

¹²⁰ A ce stade de l'exposé, on s'est abstenu de définir le groupe de sociétés. Par ce terme on désigne un groupe dont l'organisation et la gestion sont conçues d'une telle manière qu'il doit être considéré comme « entreprise » unique aux fins de l'application des règles de concurrence. Bien entendu, il existe de nombreux types de groupes de sociétés et certains d'entre eux forment une pluralité d'entreprises. Des critères doivent donc être définis pour permettre de déterminer face à un groupe de sociétés si prédomine l'unité ou la pluralité d'entreprises. Des critères sont nécessaires pour la mise en œuvre de règles du droit des groupes de sociétés (v. *infra* pp. 169-180). Pour l'application des règles de concurrence, ce sont les critères propres à la notion d'entreprise qui, appliqués au groupe de sociétés, permettront de déterminer s'il forme une seule ou plusieurs « entreprises » au sens des articles 85 et 86 (v. *infra* pp. 218-236).

amorce un tournant qui va peut-être aller jusqu'à la reconnaissance de l'entreprise en tant que nouveau sujet de droit. Pour l'instant, l'évolution entamée a déjà permis au droit de la concurrence de rester fidèle à la tâche que lui a confiée le traité sans risquer cependant de paralyser le mouvement de concentration des entreprises et l'activité des groupes de sociétés. Charnière de la mise en œuvre des articles 85 et 86 à l'égard des groupes de sociétés, la notion d'entreprise dans sa nouvelle conception a permis de dégager trois règles ou principes d'interprétation qui marquent trois étapes fondamentales de la politique de concurrence.

Evitant le piège dans lequel est tombé le droit antitrust américain ¹²¹, le droit européen de la concurrence soustrait tout d'abord les accords intragroupes du domaine de l'article 85. En tant qu'entreprise unique, le groupe de sociétés peut ainsi organiser librement la coordination des activités de ses membres sans être paralysé par une grave menace planant en permanence sur ses relations internes.

Ensuite, les sociétés mères étrangères dont les filiales ont eu un comportement violant la règle de concurrence ne peuvent échapper à leur responsabilité en se retranchant derrière leur personnalité juridique distincte. C'est le groupe de sociétés qui est l'entreprise coupable dès lors que l'un quelconque de ses membres a enfreint la règle de concurrence.

Enfin, l'article 86 peut être mis en œuvre à l'égard d'un groupe de sociétés qui abuse de sa position dominante quand bien même ce n'est pas la même personne morale appartenant au groupe qui détient cette position dominante et qui commet l'acte abusif.

On peut le constater, la reconnaissance de l'entreprise pour elle-même aboutit à un résultat équilibré et économiquement satisfaisant. Le groupe de sociétés n'est pas menacé dans sa vie régulière par l'article 85. En revanche, considéré comme entreprise unique, il ne lui est plus possible, en cas de comportement abusif, d'échapper à la sanction qu'il mérite. On l'empêche de disparaître derrière une pluralité de sujets de droit dont la règle de concurrence n'a pas à connaître.

Ni malheureux, ni fortuit, le recours au terme « entreprise » donne peut-être au droit européen de la concurrence l'un des moyens de relever le défi lancé aux juristes par les groupes de sociétés, notamment ceux constituant des entreprises multinationales. En cela, il s'est montré plus prompt que d'autres branches juridiques à saisir une réalité économique

¹²¹ H.D. Krause, *Bus. Law.*, vol. 17, 1962, pp. 937-938 : « ... Article 85 raises the same question of intra-enterprise conspiracy with which we have struggled under Section 1 of our Sherman Act. Perhaps, from our experience, our European brethren will learn how to avoid this splendid opportunity to go astray, so that, at least in this sense, our misadventure will not have been entirely in vain. »

toujours en avance sur le droit. Plus tard, avec le recul nécessaire, on comprendra probablement encore mieux les raisons de l'inclusion de ce concept nouveau dans le droit communautaire, raisons dont les auteurs du traité n'ont pu avoir qu'une prémonition. De certains concepts, il est comme de certains objets, seul leur usage révèle progressivement tous les services qu'on peut en attendre.

TROISIÈME PARTIE

L'AVENIR : ABOUTISSEMENT ET CONSÉQUENCE
D'UNE ÉVOLUTION PROPRE A FAIRE DE
L'ENTREPRISE UN NOUVEAU SUJET DE DROIT

CHAPITRE V

CONSÉQUENCE POUR L'APPLICATION DU TRAITÉ CEE : VERS UNE MODIFICATION DU DOMAINE DES « ENTREPRISES » SUJETTES DES ART. 85 ET 86 CEE

Au-delà des péripéties qui marquent la prise en considération de l'entreprise pour elle-même, il faut tenter de mesurer quelle peut être en définitive la portée juridique de cette évolution et d'en évaluer les conséquences. Cela suppose d'abord une analyse du critère fondamental sur lequel se base l'interprète des règles de concurrence pour reconnaître une entreprise. La section 1 permettra à cet égard de préciser le rôle joué par l'*indépendance économique* dont la présence révèle l'entreprise distincte.

Le critère de la *personnalité juridique* va être dépassé. Cette dernière n'apparaîtra plus que comme *attribut possible et non plus nécessaire de l'entreprise*. Alors une importante conséquence en découle. Le domaine des « entreprises » sujettes des règles de la concurrence du Traité CEE est élargi. De nouvelles entités privées de personnalité juridique selon le droit national du pays où se déploient leurs activités vont peut-être devenir des sujets des règles de concurrence du Traité CEE. De telles « entreprises » au sens des art. 85 et 86 peuvent se concevoir *en amont* (section 2) mais aussi *en aval* (section 3) sujets de droit traditionnels.

SECTION PREMIÈRE

PORTÉE DE L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE EN TANT
QUE CRITÈRE DE LA PRÉSENCE D'UNE « ENTREPRISE »§ 1. L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE : CONDITION NÉCESSAIRE
À LA PRÉSENCE D'UNE « ENTREPRISE ».

Pour exprimer sous forme synthétique la préoccupation commune de la Commission et de la Cour de Justice telle qu'elle s'est manifestée dès 1968 à l'égard des groupes de sociétés, on pourrait dire qu'elle a été d'appréhender la situation économique de fait représentée par les groupes en faisant abstraction des *écrans* que constituent les personnalités morales distinctes de leurs divers membres. Par cette approche, les organes communautaires créent des conditions objectives d'application des règles de concurrence. Ils parviennent à atteindre les véritables coupables des comportements abusifs sans toutefois risquer d'aboutir à une paralysie de l'activité des groupes de sociétés.

Dans l'application éventuelle de l'art. 85 aux accords intragroupes, on ne va pas s'arrêter à la présence d'une pluralité de personnes morales liées contractuellement pour en déduire *automatiquement* les conditions d'une soumission à la règle de concurrence. Au contraire, il s'agira de déterminer *dans chaque cas particulier* si, au sein d'une même entité économique, une société mère disposant en fait d'un pouvoir de contrôle quasi absolu sur des filiales, exerce effectivement ce pouvoir en leur donnant des instructions impératives. Dans un tel cas, la Commission estime que malgré la présence de « contrats » entre membres du groupe, il ne s'agit pas d'« accords entre entreprises » mais d'une simple répartition des tâches à l'intérieur d'un ensemble économique étroitement intégré et coordonné¹. A d'autres occasions, on va également considérer le groupe comme entreprise unique avec pour effet cette fois non pas d'empêcher l'application de la règle de concurrence, mais au contraire de créer les conditions de sa mise en œuvre. Dans la mesure où la société mère domine effectivement ses filiales, le groupe constitue un seul corps ayant à sa disposition autant de membres qu'il contrôle de sociétés. Aussi doit-on conclure d'une part

¹ Cf. *supra* p. 97. Décision *Christiani & Nielsen*.

que la tête répond seule des actes commis par n'importe quel membre de ce corps ², d'autre part que pour se prononcer sur l'éventuelle commission d'un délit, il faut ajouter le comportement de tous les membres du corps dont une même tête est responsable ³.

De cette attitude des autorités communautaires face aux groupes de sociétés, une donnée constante peut être mise en évidence. Ne doit être considéré comme *sujet propre* aux fins de l'application des règles de concurrence que l'opérateur doué d'une volonté indépendante et capable de déterminer librement son comportement. Pour la commodité de l'exposé, on a qualifié cette possibilité d'action plus ou moins autonome d'« indépendance économique ».

A. *Détachement encore partiel de l'entreprise vis-à-vis d'un sujet de droit préexistant.*

Depuis l'évolution qui s'est dessinée dès 1968, *l'indépendance économique* tend à devenir une *condition nécessaire* à la présence d'un sujet distinct du droit européen de la concurrence. Dans un premier stade, on constate que la pluralité des sujets de droit ne signifie pas que l'on est en face d'une pluralité d'« entreprises ». Certes, la présence de tout sujet de droit crée encore une certaine présomption en faveur de la présence d'une « entreprise » distincte. Ainsi dans sa décision *Christiani & Nielsen*, la Commission paraît-elle d'abord admettre qu'il y a bien deux entreprises en présence ⁴. Mais, après avoir établi que la filiale est entièrement privée d'indépendance économique, la Commission se résout en fait à traiter le groupe de sociétés comme une entreprise unique en refusant la qualité d'« entreprise » distincte à la filiale.

La Commission, bientôt suivie par la Cour, tire un certain effet juridique de la réalité économique du groupe et tendent à le personnaliser en le traitant comme entreprise unique. Pourtant, elles ne vont pas encore jusqu'à *détacher totalement l'entreprise de la personnalité morale*. A ce stade, des *effets négatifs* propres à l'absence de l'indépendance économique se manifestent. Dans le cadre de la relation intragroupe, la filiale n'est pas envisagée en tant que sujet distinct en vue de l'application de l'art. 85. Ainsi dans l'affaire des *Matières colorantes* on voit les autorités communautaires absoudre la filiale pour des actes qui en principe seraient à sa charge si elle était traitée comme « entreprise distincte ». Ne se basant que sur l'appartenance de la filiale à une entité économique homogène, le droit de la concurrence ignore résolument sa qualité de personne

² Cf. *supra* p. 100. Décision *Matières colorantes*.

³ Cf. *supra* p. 103. Décision *Continental Can*.

⁴ V. *supra* p. 91.

juridique de droit interne. Il impute donc le comportement de la filiale à la tête du groupe, soit à la société mère.

Si l'on fait un bilan de l'expérience acquise au cours de ces cinq dernières années, on constate toutefois que les *effets positifs* de l'indépendance économique ne suffisent pas encore à eux seuls à créer une « entreprise » distincte au sens des articles 85 et 86. L'indépendance économique est sans doute désormais *nécessaire* à la présence d'une entreprise. Elle n'apparaît pas encore *suffisante*. Dès lors bien que dans les diverses décisions et arrêts examinés le groupe de sociétés soit traité *comme* « entreprise » unique, on ne peut pas encore vraiment affirmer que le groupe de sociétés *soit l'« entreprise »* au sens des art. 85 et 86.

C'est que *l'indépendance juridique*, soit la présence d'un sujet de droit préexistant, demeure encore *nécessaire* en tant que support de l'entreprise pour permettre à cette dernière d'être sujette de droit et d'obligation et de mener une vie juridique indépendante. Le droit européen de la concurrence n'a pas encore franchi le pas qui lui ferait reconnaître une entreprise sur la base de la seule indépendance économique d'une entité. L'entreprise n'est sans doute plus entièrement cachée par la propriété. On n'identifie plus « entreprise » et « sujet de droit » dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Néanmoins l'entreprise n'est pas encore reconnue comme notion entièrement autonome. Elle n'est pas parvenue à se créer une identité suffisante pour s'affirmer elle-même en tant que sujet de droit. Aussi demeure-t-elle encore tributaire à divers titre d'un sujet de droit préexistant.

B. *Recours à la personnalité juridique de la société mère pour pallier la personnalité encore déficiente de l'entreprise en voie de reconnaissance.*

En ce qui concerne tant le résultat des décisions examinées que l'essentiel de leur motivation, le groupe de sociétés est bien traité comme entreprise unique aux fins de l'application des art. 85 et 86. On se trouve toutefois au début d'un processus d'évolution de l'entreprise qui vient seulement de s'engager. Aussi la Commission n'a-t-elle pas encore pu aller jusqu'au bout de sa démarche. Doutant peut-être de l'appui de la Cour de Justice sur une telle voie, elle n'avait pas encore les moyens de tirer les conséquences formelles que suggère son raisonnement sur le fond, notamment dans sa décision *Continental Can*⁵.

⁵ R. Saint-Esteben, « Une concentration d'entreprises dans la CEE », *Clunet*, vol. 99, 1972, pp. 252-253 explique clairement pourquoi la Commission n'était pas encore en mesure de forger une notion d'entreprise résolument autonome et s'est donc placée sur un plan quelque peu différent, celui de l'imputabilité de l'abus.

Pour être parfaitement conséquente avec son argumentation, la Commission devrait pouvoir infliger une sanction éventuelle au groupe lui-même dans la mesure où c'est vraiment cette entité qui est le sujet matériel de la règle de concurrence, c'est-à-dire l'« entreprise ». Mais aujourd'hui une telle appréhension formelle de l'entreprise unique que constitue le groupe de sociétés n'apparaît pas possible. Des mécanismes originaux et des techniques juridiques nouvelles n'ont pas encore été inventés qui doteraient l'entreprise d'une personnalité juridique propre. Par ailleurs sur un autre plan ⁶, le groupe de sociétés n'est pas doté d'une personnalité juridique distincte par le droit commercial des divers pays membres ⁷ même si plusieurs législations nationales tendent à reconnaître un intérêt du groupe distinct de celui de ses membres. Dès lors, au stade actuel précédant une éventuelle reconnaissance complète de l'entreprise par le droit de la concurrence, il faut bien trouver un moyen, peut-être provisoire, permettant à cette entreprise à la personnalité naissante d'assumer juridiquement la responsabilité qu'elle encourt en tant que sujette des art. 85 et 86. En vue de pallier l'absence de personnalité de cette nouvelle notion d'entreprise, on va faire jouer à la *personnalité juridique de la société mère* ⁸ le rôle de « personnalité de remplacement » en vue de l'application effective de la règle de concurrence. Ainsi par un phénomène que l'ont peut

⁶ On reviendra sur les rapports entre la personnification du *groupe* et celle de l'*entreprise*. V. *infra* pp. 169-180. Pour l'instant, il faut observer que le *droit de la concurrence* paraît faire avancer l'entreprise sur la voie de la reconnaissance par le droit dans la mesure où le groupe est considéré comme une entreprise unique et qu'ainsi, à travers la reconnaissance de la réalité du groupe, l'entreprise devient pour elle-même sujet du droit de la concurrence.

Sur un autre plan, on peut penser que indépendamment de toute évolution de la notion d'entreprise, les décisions de la Commission tendent à favoriser le processus de personnification du groupe par le *droit des sociétés*. C'est dans ce sens que Bienaymé, p. 72, commente la décision *Continental Can* : « ... elle se situe (la Commission) sur un terrain beaucoup plus réaliste en condamnant avec les filiales, la société mère d'un groupe au nom de l'article 86, mais elle s'expose à l'argument fondé sur l'absence de personnalité juridique des groupes. Nous conclurons sur ce point que le droit européen devrait innover en reconnaissant droit de cité à une nouvelle entité juridique qui devrait être le groupe industriel et financier. »

⁷ Si le groupe de sociétés était doté de la personnalité juridique selon les droits nationaux, alors on ne pourrait pas tirer des décisions de la Commission le traitant comme entreprise unique, un argument en faveur de la reconnaissance de l'entreprise comme notion autonome. Dans une telle hypothèse, l'entreprise continuerait à être cachée par la propriété. La notion d'entreprise serait toujours identifiée à un sujet de droit préexistant. Celui-ci serait le groupe au lieu d'être la société.

⁸ Lorsque le groupe de sociétés constitue une entreprise unique aux fins de l'application des art. 85 et 86, c'est toujours à la société mère que la conduite incriminée du groupe devra être imputée. Le comportement prohibé ne nous paraît pas pouvoir être imputé à un autre sujet de droit membre du groupe comme l'envisage E. Cerexhe, « L'interprétation de l'article 86 du Traité de

qualifier de « dédoublement fonctionnel », la personnalité juridique de la société mère joue théoriquement deux rôles distincts⁹. D'abord, elle constitue la personnalité propre de la société mère, puis subsidiairement elle joue le rôle de personnalité « remplaçante » de celle, encore inachevée, de l'« entreprise » unique formée par le groupe de sociétés. Par la suite¹⁰ il faudra examiner si en fait, la personnalité de la société mère ne va pas dans certaines circonstances pouvoir se confondre avec la personnalité de l'entreprise unique formée par le groupe de sociétés.

Pour l'instant on peut relever que l'entité économique que constitue le groupe de sociétés n'apparaît pas encore véritablement comme une « entreprise » au sens des art. 85 et 86. L'entreprise, notion originale caractérisée par l'indépendance économique, n'est pas reconnue formellement comme sujet du droit européen de la concurrence. Cela n'empêche peut-être pas de voir en elle un sujet de droit naissant¹¹ qui est reconnu *en fait*, pourrait-on dire, si ce n'est *en droit*¹². On comprendra mieux cette affirmation si l'on distingue deux aspects¹³ de la personnalité.

En droit européen de la concurrence, l'entreprise comme notion autonome est une réalité dont la consistance ou l'identité, c'est-à-dire pour l'essentiel la *personnalité*, est déjà suffisante *sur le fond*¹⁴ lorsqu'il s'agit de viser à travers elle le groupe en tant qu'*auteur matériel* d'une infraction à la règle de concurrence et d'établir sa responsabilité.

Rome et les premières décisions de la Commission », *Cah. dr. eur.*, vol. 8, 1972, pp. 283-284, n° 38.

En effet, pour qu'à l'égard de l'activité du groupe, l'article 86 puisse s'appliquer, on doit admettre qu'il y a à sa tête une seule société, la société mère. Il est sans doute concevable que dans un groupe plusieurs filiales soient considérées comme « entreprise » distincte. Mais alors dans une telle hypothèse, le groupe ne peut plus constituer simultanément une « entreprise » unique aux fins de l'application de l'art. 86. Alors, comme on l'a démontré à propos de la décision *Continental Can* (v. *supra* pp. 103 ss.) l'article 86 ne serait en principe pas applicable au comportement d'un tel groupe.

⁹ Bien qu'ils se recouvrent partiellement, on doit les distinguer et ne pas céder à la tentation de confondre la personnalité de la société mère avec celle du groupe. En droit des sociétés, un intérêt de groupe peut exister qui se distingue de celui de la société mère. En droit de la concurrence, il s'agit de créer une personnalité originale pour l'« entreprise » en tant que telle et non pas pour le groupe, même si en certaine occasion, il peut y avoir coïncidence partielle entre ces deux notions.

V. sur ce point *infra* pp. 169 ss.

¹⁰ V. *infra* pp. 180-184.

¹¹ Selon l'expression de M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 392.

¹² Sur la diversité et les degrés de personnalité morale, v. *supra* p. 63 et *infra* pp. 238-239.

¹³ Cf. aussi *supra* pp. 110-114.

¹⁴ Cf. citation Rousseau, *infra* p. 206 note 149.

En revanche pour des aspects qu'il faut bien considérer comme secondaires d'un point de vue relatif, soit par exemple la notification d'une décision, ou encore l'application d'une sanction, il est clair que la personnalité propre de l'entreprise en tant que notion autonome n'est pas encore suffisante. Pour ces divers actes qui sont de *nature formelle*¹⁵, le droit — même s'il s'agit du droit de la concurrence réaliste par définition — *exige un sujet de droit* ou une personnalité juridique. Cette qualité est conférée par l'ordre juridique interne¹⁶ et ne paraît pas pour l'instant pouvoir être octroyée souverainement par le seul droit européen de la concurrence¹⁷. L'entreprise n'en est pas encore pourvue. Dès lors pour ce second aspect de la mise en œuvre de la règle de concurrence, l'entreprise unique que constitue le groupe de sociétés doit « emprunter » la personnalité juridique de la société mère.

§ 2. L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE : CONDITION SUFFISANTE À LA PRÉSENCE D'UNE « ENTREPRISE ».

L'évolution de la notion d'entreprise est-elle destinée à se poursuivre ou peut-on envisager son interruption, voire même un retour en arrière, la propriété venant à nouveau cacher l'entreprise ? Il est toujours hasardeux de se livrer à des prévisions au sujet de l'évolution du droit.

On doit toutefois constater que la tendance à la reconnaissance de l'entreprise pour elle-même n'a fait que croître au sein de nombreuses branches juridique¹⁸. Par ailleurs, il serait étonnant que le droit européen de la concurrence s'écarte soudainement d'une voie vers laquelle la Commission et la Cour de Justice paraissent désormais résolument engagées.

La question se pose donc dès maintenant de la *prochaine étape* en direction de la reconnaissance de l'entreprise comme notion autonome. Il paraît ainsi utile d'en décrire l'itinéraire possible. En ce qui concerne la définition des « entreprises » au sens des articles 85 et 86, la montée à la vie juridique de l'entreprise pourrait prendre la forme suivante. L'exigence d'indépendance économique n'apparaîtrait plus seulement comme une *condition nécessaire* venant s'ajouter à celle de l'indépendance juri-

¹⁵ Cf. *supra* p. 63 la distinction entre éléments intellectuels et éléments formels de la personnalité morale.

¹⁶ Cf. *infra* pp. 244 ss.

¹⁷ Sur une telle éventualité et les objections qu'elle suggère, v. *infra* pp. 241-248.

¹⁸ On en trouve le reflet dans le recueil de textes présenté par C. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*. Paris, Colin, 1970, 128 p. Cet ouvrage décrit la reconnaissance de l'entreprise par les juristes en distinguant quatre étapes : l'ignorance, la découverte, la conversion et la mutation.

dique pour permettre de distinguer parmi les sujets de droit traditionnels, ceux qui disposent d'une autonomie de comportement suffisante pour constituer des « entreprises » distinctes. *L'indépendance économique* pourrait bien devenir à elle seule une *condition suffisante* à la présence d'une « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence. Dans la mesure où pour identifier les sujets des art. 85 et 86, on commence à se préoccuper essentiellement des éléments touchant à la vie économique réelle, il n'y a pas de raisons *a priori* de s'arrêter sur cette voie¹⁹. Dès lors qu'une entité se comporte en fait de manière indépendante, elle devrait en principe pouvoir constituer une « entreprise » distincte. Il faudrait lui reconnaître cette qualité sans vérifier préalablement si l'ordre juridique interne a pour sa part reconnu cette entité en lui conférant la personnalité morale. En effet, le critère essentiel qui conduit le droit communautaire à octroyer la qualité d'« entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence est *l'indépendance économique*, c'est-à-dire la faculté pour un opérateur économique de *prendre librement ses décisions dans les domaines visés par les art. 85 et 86*. Or il n'est pas du tout certain qu'à l'indépendance juridique corresponde l'indépendance économique et vice versa. C'est parfois le cas mais de nos jours, cette coïncidence n'est plus une donnée assez *stable* pour que l'on puisse faire de la présence d'une personnalité juridique préexistante, un critère essentiel de l'existence d'une « entreprise » distincte. Il ne s'agit là que d'un indice parmi d'autres et non plus d'une preuve. L'existence d'une personnalité juridique distincte apparaît souvent comme une présomption en faveur de la présence d'une « entreprise ». *Cette présomption peut être renversée*²⁰. C'est ce que les autorités communautaires ont déjà fait en refusant de considérer comme « entreprises » distinctes visées par l'art. 85, les filiales parties à des accords intragroupes²¹ ou les représentants de commerce parties à certains accords de concession exclusive²². Franchissant un nouveau pas qui l'éloignerait du respect accordée au critère de la personnalité juridique, le droit européen de la concurrence devrait admettre que la seule *indépendance économique* peut fonder l'existence d'une « entreprise » distincte.

Alors l'entreprise aurait réussi à couper les liens qui la rattachent à des notions juridiques traditionnelles et qui ont empêché jusqu'à ce jour son épanouissement. Volant de ses propres ailes, elle apparaîtrait enfin comme sujet de droit pour elle-même en tant qu'entreprise, indépendamment de tout sujet de droit préexistant.

¹⁹ Approfondir cette tentative de mieux adhérer au réel est donc l'une des tâches de l'interprète du droit européen de la concurrence.

²⁰ V. *supra* p. 100.

²¹ V. *supra* pp. 85-100 et 123-125.

²² V. *supra* pp. 72 et 77.

Cette indépendance à l'égard des personnes juridiques traditionnelles va pouvoir se manifester extérieurement à des degrés divers selon les circonstances. Deux situations principales sont à distinguer.

A. *Coïncidence provisoire de l'entreprise avec son propriétaire.*

Tout d'abord il se peut fort bien que cette entreprise, et plus précisément son patrimoine ²³, ait *un seul propriétaire*, personne juridique — physique ou morale — et que ce propriétaire ne détienne par ailleurs le patrimoine d'aucune autre entreprise. Dans une telle situation, l'indépendance complète gagnée par l'entreprise n'a pas de conséquences pratiques évidentes. Cette entreprise existe désormais pour elle-même en tant que sujet distinct du droit européen de la concurrence. Elle doit donc théoriquement toujours être distinguée de la personne juridique de son propriétaire. Toutefois dans l'hypothèse mentionnée ci-dessus, si le propriétaire est une personne morale en forme de société, il peut s'avérer difficile de distinguer la personnalité juridique traditionnelle propre à cette société de celle de l'entreprise avec laquelle elle va dans une certaine mesure coïncider ²⁴.

Il s'agit cependant d'une *coïncidence temporaire et provisoire*. A tout moment, une séparation totale peut se produire entre la société, sujet de droit traditionnel, et l'entreprise, nouveau sujet du droit européen de la concurrence. Cette séparation apparaîtra au grand jour dans deux hypothèses.

Tout d'abord si la société fait l'acquisition du patrimoine d'une ou de plusieurs autres entreprises qui continuent à être exploitées séparément. Ensuite si c'est la société qui est rachetée par une autre société et que celle-ci, en tant que société mère, intègre tous les patrimoines des entreprises dont elle est désormais propriétaire au sein d'un ensemble économique coordonné. Dans la mesure où cet ensemble demeurera soumis à une direction centrale qui ne laissera plus subsister aucune autonomie chez les anciennes entreprises, celles-ci seront alors fondues en une seule nouvelle entreprise coïncidant avec le groupe de sociétés ainsi créé.

²³ On ne mentionne ici que le *patrimoine* mais une réflexion analogue pourrait être faite au sujet d'autres éléments constitutifs, ainsi pour la *communauté de travail* que forme le personnel de l'entreprise.

²⁴ Cf. pour le cas de l'entreprise individuelle, la coïncidence notée par P. Didier, « Esquisse de la notion d'entreprise », *Mélanges offerts à M. Pierre Voirin*, Nancy, L.G.D.J., 1966, p. 213 : « L'entreprise individuelle est une personne morale dont la personnalité se confond avec celle de son patron. »

B. *Vie de l'entreprise indépendamment de tout sujet de droit préexistant.*

La reconnaissance de l'entreprise pour elle-même va conduire le droit européen de la concurrence à ne plus se baser sur le critère de la personnalité juridique préexistante pour décider de la présence d'une « entreprise » au sens de l'art. 85 et 86. Dès qu'un opérateur ou acteur de la vie économique apparaît doté d'une indépendance économique suffisante, cela va donner naissance à une « entreprise » sujette des règles de concurrence. Ainsi des entités auxquelles aucune législation de droit interne n'attribue une personnalité juridique quelconque pourraient être considérées comme « entreprise » et acquérir, par le truchement du droit communautaire, une « personnalité » originale aux fins de l'application des art. 85 et 86. Dans cette situation, contrairement au cas précédent, il n'y a nullement coïncidence avec un sujet de droit préexistant. L'entreprise ainsi reconnue peut fort bien être dotée d'un patrimoine dont le propriétaire, généralement une société, possède d'autres patrimoines constituant autant d'entreprises distinctes. Réciproquement, l'entreprise peut résulter de la réunion de plusieurs patrimoines, propriété de sujets de droit distincts mais qui sont exploités d'une manière centralisée sous une direction unique.

Si l'on examine les effets de la reconnaissance de l'entreprise pour elle-même sur l'étendue et la composition du *domaine* des « entreprises » sujettes des art. 85 et 86, on constate qu'il est *modifié* dans deux sens opposés. D'une part, ce domaine va tendre à *se retrécir* dans la mesure où certaines entités qui étaient toujours considérées comme « entreprises » distinctes vont perdre désormais cette qualité. On veut parler ici des sujets de droit économiquement dépendant. Dorénavant en raison de l'importance accordée au critère de l'indépendance économique, des personnes juridiques telles que la filiale ou le représentant de commerce peuvent ne plus être considérés comme « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence ²⁵.

Parallèlement, le domaine des « entreprises » soumises aux règles de concurrence *s'élargit* par l'inclusion d'entités privées de personnalité juridique mais dont l'indépendance économique est si prononcée qu'il faut les traiter comme des « entreprises ». En prenant comme élément de référence le sujet de droit le plus commun dans la vie économique, soit *la société*, il est possible de classer ces *nouveaux sujets de droit de la concurrence* en deux groupes principaux ²⁶.

²⁵ Cf. *supra* p. 166 notes 21 et 22.

²⁶ Ces deux groupes feront l'objet des sections II et III du présent chapitre.

D'une part, ceux qui se situent *en amont* de la société et qui comprennent en leur sein les patrimoines de plusieurs personnes juridiques. D'autre part, les entités situées *en aval* et qui constituent donc des entreprises dont les propriétaires possèdent d'autres entreprises de même nature, également privées de personnalité juridique.

SECTION II

« ENTREPRISE » EN AMONT DE SUJETS

DE DROIT PRÉEXISTANTS :

LE GROUPE DE SOCIÉTÉS COMME ENTREPRISE UNIQUE

§ 1. GROUPE DE SOCIÉTÉS ET ENTREPRISE : RECOUPEMENT PARTIEL DE DEUX NOTIONS DIFFÉRENTES.

L'élargissement de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence profite d'abord à des entités économiques qui groupent *plusieurs sujets de droit*. On veut parler du groupe de sociétés, notion dont il faut examiner plus particulièrement les rapports avec celle d'entreprise. En particulier, on doit bien délimiter les domaines dans lesquels ces deux notions peuvent se recouper — le groupe apparaissant comme une entreprise unique — de ceux dans lesquels les deux notions se séparent pour vivre leur vie propre.

Ceux qui se penchent sur les groupes de sociétés sont souvent enclins à se demander si leur objet d'étude constitue une entreprise unique ou plutôt un groupe d'entreprises. En réalité, ainsi posée la question n'est qu'un vain exercice dans la mesure où l'on ne précise pas le contenu donné à ces deux notions.

A. Contenu des notions de groupe de sociétés et d'entreprise.

Le groupe de sociétés devient une notion juridique parce que les droits des sociétés de divers pays membres ainsi que le droit communautaire tendent à prévoir sa réglementation. Il s'agit le plus souvent d'une entité composée de plusieurs sociétés juridiquement indépendantes mais économiquement dépendantes d'une autre société, la société mère. En tant qu'objet d'une réglementation dans le cadre du droit des sociétés, le groupe

doit d'abord être distingué de notions économiques qui, sur un autre plan, le recouvrent parfois. On peut songer par exemple à la notion de *groupe industriel* ²⁷, à celle plus spécifique de *conglomérat*, organisme caractérisé par la diversification des activités conduites par ses membres, et enfin aux *entreprises multinationales* ²⁸, ces dernières étant en général des groupes de sociétés dont les activités sont réparties dans plusieurs pays.

Comment le droit réagit-il face au phénomène du *groupe de sociétés* ? Le droit des sociétés traditionnel repose encore sur l'idée que chaque société poursuit ses propres buts dans l'*intérêt social*, ce qui supposerait l'indépendance économique de la société. Or, la réalité est bien différente puisque de nos jours un très grand nombre de sociétés ne sont justement plus économiquement indépendantes ²⁹. La domination d'une société sur une autre peut avoir pour effet de mettre en danger des *intérêts légitimes*, ceux des créanciers et des actionnaires minoritaires au sein du groupe, ou des travailleurs, autant d'intérêts que le droit a pour mission de protéger. L'objet du droit des groupes de sociétés sera donc d'adapter le droit aux réalités économiques par la reconnaissance de l'unité économique du groupe, mais aussi de protéger parallèlement les intérêts légitimes en cause, par des procédés originaux.

L'Allemagne a été la première à prévoir un statut des groupes de sociétés ³⁰. Un tel statut est en discussion au niveau communautaire et le projet de « Société européenne » contient une réglementation détaillée des groupes de sociétés ³¹, dans la mesure où une S.E. y participerait comme société dominante ou dépendante.

Toute réglementation des groupes suppose tout d'abord une *définition* des groupes de sociétés. Or, il s'agit là d'un problème très délicat. En effet, on ne peut envisager une définition globale ³² mais tout au plus prévoir divers critères faisant présumer l'existence d'un groupe. Le projet de statut des S.E. a prévu que les dispositions sur les groupes s'appliqueront à tous les groupes de sociétés répondant à la définition qui est prévue. En revanche, une autre solution a été envisagée en droit allemand.

²⁷ V. F. Perroux, « La notion de groupe industriel », *Rev. éc. pol.*, vol. 45, 1931, pp. 1377-1402 ; F. Vito, *I sindacati industriali, cartelli e gruppi*. Milano, Vita e pensiero, 1930, pp. 227-290.

²⁸ V. *infra* p. 214 note 20.

²⁹ En Allemagne, il était estimé que 70 % de toutes les sociétés par actions étaient, sous une forme ou une autre, groupées en Konzern. E. Gessler, « Das neue Aktienrecht », *B.B.*, vol. 17, 1965, p. 681.

³⁰ V. Aktiengesetz 1965, paragraphes 291 ss.

³¹ V. « Proposition d'un statut des Sociétés anonymes européennes ». Suppl. *Bull. Comm. eur.*, n° 8, 1970, v. pp. 169-186 (Titre VII) (ci-après « Statuts des S.E. »)

³² Sur cette question v. A. Petitpierre-Sauvain, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genève, Georg, 1972, 1^{re} partie, pp. 1-45, spéc. pp. 35-41 (Collection « Etudes suisses de droit européen », vol. 7).

Ce dernier distingue le cas des « *Konzern* » ou groupes de sociétés qui acceptent volontairement d'être soumis au « droit des groupes », et les « *groupes de fait* » qui s'y refusent. Pour ces derniers, le principe de droit commercial selon lequel une société ne peut être gérée que dans son intérêt exclusif a été renforcé. Aussi en vue de s'assurer du respect de ce principe, la loi fait-elle obligation aux sociétés dominées à préparer un rapport spécial sur les opérations conclues avec d'autres sociétés du groupe.

Malgré les différences entre la réglementation allemande des groupes de sociétés et les projets de réglementation français et communautaires, on constate qu'un *critère essentiel commun* révèle l'existence d'un groupe de sociétés, c'est la présence d'une *direction unifiée* pour tout le groupe. En l'absence d'une telle direction centrale, il y a *juxtaposition* de sociétés plus ou moins reliées financièrement mais agissant de façon *indépendante*. On n'est pas alors en présence d'un but commun au groupe au service duquel œuvrent tous ses membres. Une politique globale ne peut être élaborée, exécutée, et contrôlée sans direction unifiée pour le groupe³³. Dès lors, on observe qu'un groupe qui n'aurait pas de direction unifiée ne constitue une entité particulière ni du point de vue juridique ni du point de vue économique³⁴.

S'ajoutant à ce critère fondamental, un certain nombre d'*autres critères* permettent de *présumer* l'existence d'un groupe. On veut parler ici des éléments *financiers* (détention de participations), *contractuels* (par exemple contrats d'affiliation du droit allemand) ou *personnels* (dirigeants communs au sein du Conseil ou de la Direction des sociétés du groupe). Toutefois aucun de ces critères secondaires n'est généralement suffisant pour révéler l'existence d'un groupe de sociétés.

Dans la présente étude, le groupe de sociétés n'est envisagé que comme *moyen* de montée à la vie juridique de l'*entreprise*. Quant à cette dernière notion, elle est construite en sa qualité de sujette du droit européen de la concurrence. D'une part, on constate que les organes communautaires ont paru ces dernières années *élargir* le contenu donné au terme « entreprise » utilisé dans les art. 85 et 86 en ne l'identifiant plus au « sujet de droit-propriétaire ». D'autre part, on s'interroge sur *les effets de cet élargissement* en ce qui concerne la reconnaissance de l'entreprise par le droit, en tant que notion autonome.

³³ Chaque société apparaît alors comme une unité de gestion autonome et forme par conséquent une « entreprise » distincte, cf. *infra* pp. 230-236.

³⁴ Dans ce sens, Petitpierre-Sauvain, p. 36 n^{os} 73-74.

B. *Recoupement partiel et critère commun.*

Le contenu donné aux notions de « groupe de sociétés » et d'« entreprise » ainsi fixé, il faut chercher à voir si ces deux notions peuvent parfois coïncider et dans quelle mesure elles *se recouvrent* ³⁵.

Appliquant les règles communautaires de concurrence à des entités économiques qui avaient la forme de groupes de sociétés, la Commission puis la Cour de Justice ont déduit de l'absence de volontés propres et de possibilités de comportement autonome chez les membres entièrement dominés du groupe, une conséquence importante. Aux fins de l'application des art. 85 et 86, il n'y a pas alors pluralité d'« entreprises » mais « entreprise » unique. Pour l'application de l'art. 85, les organes communautaires constatent que si la société mère dispose d'un pouvoir de contrôle et qu'elle en use effectivement en donnant des instructions obligatoires à ses filiales, alors le groupe de sociétés doit être traité comme une seule « entreprise » ³⁶. Lors de la mise en œuvre de l'art. 86, la Commission aboutit à une conclusion analogue ³⁷.

Or, on a vu que la condition essentielle à la présence d'un groupe de sociétés est la présence d'une *direction unique* qui élabore et contrôle la politique générale du groupe. N'y a-t-il pas là un *point de convergence* entre les deux notions analysées dans la mesure où la présence d'une direction unique qui révèle *le groupe* pourrait aussi révéler *l'entreprise* ³⁸ ? Si on constate qu'une direction unique coordonne et contrôle les activités du groupe, cela ne va-t-il pas avoir pour conséquence nécessaire que les filiales seront privées d'autonomie économique et ne pourront constituer des sujets distincts du droit européen de la concurrence ? En répondant affirmativement à cette question, on devrait alors établir une certaine *corrélation* entre les définitions du « groupe de sociétés » et celle de l'« entreprise ». Toute entité économique considérée comme formant un « groupe de sociétés » pour l'application des règles communautaires con-

³⁵ Petitpierre-Sauvain, p. 11 n° 20, constate : « Aussi ne saurait-on exclure que certains groupes constituent une seule entreprise. On peut simplement admettre qu'en l'état actuel du droit ce sont deux notions distinctes susceptibles de se recouvrir partiellement ou totalement selon la définition qu'on adopte de l'une et de l'autre. »

³⁶ V. Décision *Kodak*, *supra* p. 92.

³⁷ Son argumentation apparaît quelque peu différente. Elle s'est en effet basée sur le seul critère de l'existence du pouvoir de contrôle aux mains de la société mère sans se demander si cette dernière en a fait expressément usage pour influencer le comportement de ses filiales. V. Décision *Continental Can*, *supra* p. 103 et cf. *infra* pp. 220-223.

³⁸ Cf. *infra* pp. 212 ss. le rôle du gouvernement comme élément constitutif caractéristique de l'entreprise aux fins de l'application des art. 85 et 86.

cernant les groupes de sociétés³⁹ devrait alors automatiquement être considérée comme une seule « entreprise » aux fins de la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité de Rome. Au lieu d'un double examen en vue de décider de l'application de normes appartenant à deux branches différentes du droit communautaire, un seul serait déterminant. Le droit européen de la concurrence reconnaîtrait en quelque sorte pour l'attribution de la qualité d'« entreprise », le critère choisi en matière de réglementation des groupes de sociétés.

La reconnaissance de la qualité de groupe selon les moyens de preuves à dispositions des organes communautaires⁴⁰ conférerait *ipso facto* la qualité d'« entreprise » unique aux fins de l'application des art. 85 et 86. Une telle solution apporterait évidemment une importante *sécurité juridique* aux groupes concernés ainsi qu'une simplification dans l'application des règles de concurrence à leur égard. On pourrait prévoir que les accords intragroupes échapperaient à l'art. 85 dès lors que conclus au sein d'un groupe auquel une S.E. appartient, comme société dominante ou indépendante.

En réalité, on doit rejeter l'idée d'une telle influence de la réglementation communautaire des groupes sur leur traitement en droit de la concurrence. Cela pour plusieurs raisons dont l'examen va faire ressortir le caractère original et autonome de la notion d'« entreprise » au sens des art. 85 et 86.

§ 2. DIMENSIONS PROPRES DE LA NOTION D'ENTREPRISE ET AUTONOMIE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE.

A. *Unité et pluralité d'entreprises du groupe de sociétés.*

Dans la réglementation des groupes de sociétés, on a recours à la notion d'entreprise soit pour constater que le groupe constitue une entreprise unique, soit au contraire pour le qualifier de groupe d'entreprises.

Dans la même phrase, le commentaire du Titre VI « Groupes de sociétés » du statut des S.E. présente ces deux observations qui sont apparemment contradictoires.

³⁹ Cette réglementation est encore à l'état de projet et l'on ne sait pas encore sous quelle forme la Commission proposera et le Conseil adoptera une directive sur les groupes de sociétés.

⁴⁰ Bien que ce point ne soit pas définitivement réglé, il apparaît vraisemblablement que le droit des groupes au sein de la CEE prévoira un organe de publicité adéquat (cf. art. 226 du statut des S.E.) qui constituera un élément de *preuve* de l'existence du groupe. Celle-ci pourra en outre être contrôlée par les tribunaux (cf. 225 du statut des S.E.) ou par un organe administratif.

« S'inspirant de l'opinion dominante dans les milieux économiques, le projet part du principe que le groupe représente *une unité d'entreprise* et qu'il est conduit selon des principes uniformes, les intérêts de ses diverses parties, c'est-à-dire *des diverses entreprises* qui en relèvent, étant subordonnés à celui du groupe ; » ⁴¹.

Il ne s'agit pas chaque fois d'une même notion d'entreprise. Dans la première partie de cette phrase, c'est la *notion économique* d'entreprise qui est visée. Du point de vue économique le groupe forme une seule entreprise ⁴². C'est une notion *différente* à laquelle il est ensuite fait allusion lorsque l'on donne le nom d'entreprise aux différentes parties du groupe. Le sens en est alors le même que dans l'expression « groupe d'entreprises ». Le projet de réglementation communautaire des groupes vise en fait essentiellement les *groupes de sociétés*. Cependant, il ne veut pas exclure du statut des S.E., des entités économiques qui n'auraient pas la forme sociétaire. Par mesure de simplification, il utilise le terme commode d'entreprise pour désigner des opérateurs qui sont économiquement dépendants mais auxquels un droit national accorde une personnalité juridique. Ici, entreprise est synonyme de « sujet de droit préexistant » ⁴³, c'est-à-dire pratiquement de « société ». Il n'est donc pas question d'une notion autonome d'entreprise et le recours à ce terme ne doit pas faire illusion à cet égard. Deux influences peuvent expliquer le choix de cette expression. En tant qu'étiquette pratique pour désigner en réalité l'entrepreneur-propriétaire, la notion d'entreprise paraît d'abord avoir le même contenu que celle définie par la Cour de Justice lors des arrêts sur la péréquation de la ferraille ⁴⁴. On doit ensuite faire un rapprochement avec la réglementation allemande des groupes de sociétés. Celle-ci fait un usage analogue du terme entreprise. Il est tout autant dépourvu de signification quant à la reconnaissance de l'entreprise comme notion originale se détachant de la personne juridique — physique ou morale — de son propriétaire. En Allemagne également on a voulu englober dans une réglementa-

⁴¹ Suppl. *Bull. Com. eur.*, n° 8, 1970, p. 170 (c'est nous qui soulignons).

⁴² Sur les définitions de cette notion v. *supra* pp. 12-13 ; sur ses éléments constitutifs, v. *supra* pp. 13-15.

⁴³ Le commentaire du statut des S.E. ad art. 2 et 3 déclare expressément : « Si les fondateurs de sociétés anonymes européennes doivent être des entreprises existant déjà, il est nécessaire qu'ils aient déjà la personnalité juridique selon leur droit national. » Suppl. *Bull. Com. eur.*, n° 8, 1970, p. 10.

⁴⁴ V. *supra* p. 36. On retrouve l'idée d'identification entre l'entreprise et son propriétaire dans le commentaire suivant du statut des S.E. : « Il en résulte des tensions entre les données économiques que la direction unique du groupe doit prendre en considération et le droit applicable aux entreprises en tant que personnes juridiques, ce droit prévoyant un équilibre des forces à partir d'une indépendance économique et d'une identité entre les personnes juridiques et les entreprises. » Suppl. *Bull. Com. eur.*, n° 8, 1970, p. 169.

tion commune non seulement les groupes dont les membres sont des sociétés mais aussi ceux dont certains membres sont des sujets de droit qui n'ont pas la forme sociétaire. La notion juridique d'entreprise n'étant pas construite, un tel recours a une signification forcément limitée. En réalité, l'essentiel de la réglementation des groupes en Allemagne est maintenu dans le cadre du droit des sociétés⁴⁵. Dès lors, si l'on a assisté dans ce pays à l'élaboration d'un véritable *droit des groupes de sociétés*, il serait faux de parler à ce propos de la naissance d'un *droit de l'entreprise*⁴⁶. Ce dernier suppose au préalable la construction d'une notion juridique d'entreprise autonome, indépendante de tout sujet de droit préexistant.

Dans l'optique de la présente étude, l'usage de l'expression « groupe d'entreprises » pour qualifier ce qui en réalité sera le plus souvent un groupe de sociétés peut paraître trompeur. Cet usage n'entraîne en effet en aucune manière une reconnaissance de l'entreprise pour elle-même.

Plus intéressante est la reconnaissance de l'unité économique du groupe de sociétés et l'octroi d'effets juridiques à l'entité ainsi reconnue. La réglementation communautaire des groupes va tendre ainsi à traiter chaque groupe comme entreprise unique. Toutefois, cette prise en considération de l'unité d'entreprise du groupe ne recouvre pas nécessairement la démarche des autorités communautaires lorsque celles-ci traitent le groupe de sociétés comme entreprise unique aux fins de l'application des règles de concurrence.

⁴⁵ Dans ce sens, R. Rodière, « Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration ». Publication de la Commission, *Collection Etudes, Série Concurrence*, n° 5. Bruxelles, 1967, p. 53. V. aussi Petitpierre-Sauvain, p. 19, n° 39.

⁴⁶ Le droit des « Konzern » et des « entreprises liées » est toujours dépendant des concepts traditionnels de société, propriété et contrat. Il ne paraît pas offrir une contribution significative à la reconnaissance de l'entreprise par le droit en tant que notion autonome. Cela n'empêche cependant pas que le droit allemand sur d'autres plans ne joue un rôle essentiel dans la montée à la vie juridique de l'entreprise.

Pour une discussion de ces deux aspects, v. par ex. O. Ganderberger, *Was ist ein Unternehmen?* Heidelberg, Quelle & Meyer, 1963, 162 p. ; T. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*. Berlin, de Gruyter, 1969, 188 p. ; A. Nordmeyer, *Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht*. Köln, 1970, 192 p. ; P. Ulmer, *Der Unternehmensbegriff im Vertrag der E.G.K.S.* Heidelberg, Winter, 1960, 144 p. ; A. Baumbach, W. Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*. München, Beck, 9. Auflage, 1964, Band I, pp. 55-61 ; W. Harms, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Köln, Heymanns, 1968, pp. 88-105 (ci-après Harms, *Konzerne*) ; J. Miethke, *Der Konzern und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Diss., Kiel, 1964, pp. 20-27 ; H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*. Köln, Heymann, 4. Auflage, 1968, pp. 34-113.

B. *Séparation de la notion d'entreprise de celle de groupe de sociétés.*

L'évolution vers une prise en considération de l'entreprise pour elle-même par le droit européen de la concurrence est à distinguer de celle qui aboutit à la reconnaissance de l'unité économique du groupe dans le cadre du statut des groupes de sociétés. Malgré les domaines dans lesquels elles peuvent se recouper, les notions de groupe et d'entreprise se séparent sur plusieurs points importants.

I. *Dimension propre de la notion d'entreprise.*

Du point de vue économique, l'entreprise a été définie comme une unité économique de production ou de distribution de biens ou de services ⁴⁷. En vue de sa réception comme concept original par le droit européen de la concurrence, le critère essentiel à retenir est l'indépendance économique. Celle-ci peut se trouver chez un sujet de droit mais aussi chez une entité économique privée de personnalité juridique, soit en amont (groupe de sociétés), soit en aval de la société (succursale, département). Dès lors, le groupe de sociétés ne représente que l'une des entités qui peuvent éventuellement constituer une « entreprise » au sens des art. 85 et 86.

Lorsque l'on se trouve en présence d'une société mère qui exerce effectivement son pouvoir de contrôle en donnant des instructions impératives à ses filiales, alors c'est le groupe et non chacun de ses membres qui apparaîtra comme « entreprise ». Dans cette situation seulement, les notions de groupe de sociétés et d'entreprise se recoupent. Pour construire la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence, il faut tenir compte de critères originaux propres au rôle *particulier* que joue ici l'entreprise en sa qualité de *sujet du droit antitrust*. A cette fin, on ne peut pas se contenter d'adopter les critères qui présideront à l'identification des groupes de sociétés dans le cadre du statut des S.E..

En outre, pour construire la notion d'entreprise en droit de la concurrence, il s'avère peut-être nécessaire de tenir compte de l'influence des définitions d'entreprises construites parallèlement dans d'autres branches du droit, dans la perspective de l'élaboration d'une notion juridique d'entreprise qui serait reconnue par le droit en général ⁴⁸.

⁴⁷ V. *supra* p. 13.

⁴⁸ Sur ce point v. *infra* pp. 241-248.

II. *Finalité différente à prendre en considération.*

Pour la notion de groupe de sociétés comme pour celle d'entreprise, il n'y a pas un contenu unique général. Une définition globale ne peut être envisagée à l'égard de ces concepts. Aussi est-on réduit à construire une notion particulière en fonction d'un certain *but*. A cette fin, on va mettre en évidence divers éléments constitutifs, dégager des critères et des présomptions. Leur présence révélera l'existence, soit d'un groupe de sociétés visé par une réglementation particulière comme celle prévue par le statut des S.E., soit une « entreprise » au sens des règles de concurrence du Traité CEE. Si une même finalité présidait au recours à ces deux concepts, alors, on pourrait penser que les critères et les définitions révélant la présence d'un groupe conduiraient automatiquement à la reconnaissance d'une « entreprise ». Mais *la finalité* des deux notions prise ici en considération n'étant pas la même, le contenu de ces notions sera également *différent*.

Une définition du concept du groupe est une condition de l'élaboration d'un droit des groupes de sociétés qui soit, — comme cela est prévu par le statut des S.E. — applicable à tous les groupes. L'objet d'une telle réglementation est de consacrer l'unité économique du groupe en adaptant le droit à la réalité économique tout en protégeant les intérêts des créanciers et des actionnaires libres.

En cherchant à construire une nouvelle notion d'entreprise, le droit européen de la concurrence poursuit un autre but. Certes, la reconnaissance de ce concept pour lui-même a aussi entre autres pour effet de consacrer l'unité économique du groupe désormais considéré comme entreprise unique. Toutefois, la reconnaissance du groupe de sociétés n'est qu'un des *moyens* ou qu'une des *occasions* qu'a l'entreprise de se voir reconnue pour elle-même par une branche du droit. Le but visé par l'adoption d'une notion originale d'entreprise est avant tout de permettre, dans le respect des finalités du Traité, une application plus réaliste des règles de concurrence. Celle-ci va avoir deux conséquences qui se révèlent conformes à certains des objectifs de la politique industrielle de la Communauté, notamment en matière de concentration. D'une part, on permet une application plus sévère de l'art. 86 à l'encontre des groupes importants, aussitôt qu'ils abusent de leur puissance. D'autre part, on évite de paralyser le développement et l'activité de tous les groupes en mettant systématiquement en cause par le moyen de l'art. 85 leurs relations internes, celles-ci apparaissant inséparables de toute direction centralisée et coordonnée de leur activité ⁴⁹.

⁴⁹ V. sur ce point *supra* pp. 144-153.

Le but final de la réglementation des groupes de sociétés dans le cadre du statut des S.E., et celui de la construction d'une nouvelle notion d'entreprise en droit européen de la concurrence sont à certains égards les mêmes : permettre en droit d'*appréhender* plus fidèlement les réalités économiques pour être en mesure de mieux les *réglementer*. Toutefois ces réalités économiques vers lesquelles on tend dans chaque cas à se rapprocher ne sont pas de même nature. Cela influence le contenu des notions à forger. Dans le premier cas, seul le statut des groupes de sociétés est en cause ; dans le second, il s'agit d'un phénomène d'une autre dimension, puisqu'il vise — dans le cadre du droit européen de la concurrence — à substituer aux sujets de droits traditionnels un nouveau concept, l'entreprise, susceptible de recouvrir l'ensemble des opérateurs économiques capables d'un comportement indépendant.

III. *Autonomie du droit de la concurrence.*

Le système de définition et de présomption⁵⁰ qui sera adopté en vue de l'identification des « groupes de sociétés » soumis à une réglementation au niveau communautaire va apporter une certaine sécurité juridique. Quand bien même la *direction unique* — critère essentiel de l'existence d'un groupe — n'est pas définie, on devrait parvenir progressivement à identifier sans trop de difficultés les situations où il y a groupe, des autres qui constituent une simple *juxtaposition* de sociétés plus ou moins liées financièrement, ceci grâce à l'interprétation que les tribunaux donneront de la notion de direction unique. Mais face à un groupe de sociétés, le droit de la concurrence ne peut quant à lui se baser sur ces résultats pour décider s'il s'agit d'une entreprise unique ou d'une pluralité d'entreprises. Les *critères* que doit appliquer l'interprète des art. 85 et 86 sont *tout à fait particuliers*. Ainsi, un groupe de sociétés peut fort bien être considéré comme une seule entité selon la réglementation communautaire prévue par le statut des S.E. mais en revanche apparaître comme une pluralité d'entreprises aux fins de l'application de l'art. 85. Réciproquement, des groupes échappant à la réglementation prévue par le statut des S.E. pourront être traités comme « entreprise » unique aux fins de l'application des règles de concurrence.

Dans la première hypothèse, on peut songer à un groupe de sociétés soumis à une direction unique qui, dans un domaine particulier, laisse une autonomie de décision aux filiales. Un tel groupe sera vraisemblablement soumis à la réglementation prévue dans le statut des S.E. Celle-ci considère en effet qu'on est en présence d'un groupe de sociétés même lorsque la direction unifiée laisse une autonomie de fait aux filiales et

⁵⁰ V. art. 6 et 223 du statut des S.E.

qu'elle ne fait donc pas un *usage effectif* de son pouvoir de contrôle⁵¹. Pour la mise en œuvre de l'art. 85 en revanche, il se peut que l'unité du groupe apparaisse insuffisante et qu'il y ait pluralité d'entreprises. Le groupe en effet n'est pas considéré comme entreprise unique si ses membres sont économiquement indépendants dans certains domaines intéressant la concurrence, à propos desquels ils ne reçoivent pas d'instruction de la direction centralisée du groupe.

En ce qui concerne la seconde hypothèse envisagée, il suffit de penser que, même après l'adoption du statut des S.E., il subsistera des groupes de sociétés, notamment des groupes étrangers à la Communauté, qui pour diverses raisons échapperont à la réglementation communautaire des groupes. Cette dernière ne s'appliquera qu'à ceux dont un membre au moins (société dominée ou dominante) est une S.E.. Or de tels groupes peuvent parfaitement déployer des activités ayant des effets sur le Marché commun et par là être en principe passibles des art. 85 et 86. Ils ne seraient alors pas en mesure d'invoquer une reconnaissance formelle de leur unité économique telle qu'elle ressort d'une soumission à la réglementation communautaire des groupes prévue par le statut de S.E., pour leur permettre d'obtenir une soustraction de leurs relations internes à l'application de l'art. 85.

Il faut proscrire la *transposition* dans le droit de la concurrence des critères et présomptions élaborés dans la *réglementation communautaire des groupes*. Elle pourrait en effet avoir pour résultat de faire considérer tout groupe de sociétés soumis à cette dernière réglementation *ipso facto* comme une « entreprise » unique aux fins de l'application des art. 85 et 86 CEE. Or, un tel résultat constituerait une discrimination inadmissible⁵² à l'égard des groupes de sociétés qui ne sont pas soumis aux règles prévues dans le statut des S.E..

Dans l'élaboration d'une nouvelle notion d'entreprise en droit de la concurrence, plutôt qu'à la réglementation des groupes en droit des sociétés, c'est aux enseignements du *droit antitrust comparé* qu'il faudra faire appel. Dans la mesure où l'on admet une autonomie du droit antitrust⁵³, une certaine communauté d'interprétation doit être envisagée pour la définition de ses sujets. Par contre, comme la Commission elle-même

⁵¹ V. Commentaire au début du Titre VII, Suppl. Bull. Com. eur., n° 8, 1970, p. 170 : « Il faut en conclure que lorsqu'une entreprise dépend d'un groupe, elle devra être considérée comme liée aux instructions de ce groupe, *qu'elle reçoive ou non de telles instructions*. » (C'est nous qui soulignons.)

⁵² Cf. Commentaire ad art. 1 ch. 4 du statut des S.E. : « Les entreprises créées sous la forme d'une société anonyme européenne et les entreprises créées sous une forme juridique de droit national seront soumises aux mêmes conditions juridiques en matière de concurrence. » Suppl. Bull. Com. eur., n° 8, 1970, p. 10.

⁵³ V. *supra* pp. 133-134.

l'a fort bien souligné, il ne saurait être question d'appréhender le phénomène du groupe de sociétés de la même manière dans l'optique du droit des sociétés et dans celle du droit antitrust. Dans son Commentaire du Titre VII du statut des S.E., elle déclare dans ce sens :

« Le droit des sociétés représente simplement le moyen dont on dispose pour régler l'organisation des sociétés et assurer la protection des situations qui en résultent. L'appréciation de l'effet économique et concurrentiel résultant de l'application de ce moyen se fait selon d'autres critères et doit donc faire l'objet d'une réglementation particulière. » ⁵⁴

§ 3. MOYENS DE PALLIER L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS.

Poursuivant l'évolution déjà entamée par la Commission puis par la Cour de Justice, le droit européen de la concurrence va tendre à reconnaître l'entreprise pour elle-même par une appréhension du groupe de sociétés et peut-être aussi d'autres entités de nature économique. Une objection non négligeable se dresse cependant sur cette voie. Etant donné que selon les législations nationales de même que dans le projet de réglementation communautaire le groupe ne possède pas en propre de personnalité juridique ⁵⁵, il apparaît difficile de lui faire assumer pratiquement les obligations dont il pourrait avoir à répondre en sa qualité de nouveau sujet autonome du droit européen de la concurrence. Si c'est le groupe lui-même qui s'est livré à des pratiques violant la règle anticartellaire, qui supportera la sanctions éventuelle ⁵⁶ ?

Cette objection est importante. Elle peut *freiner* l'élargissement du domaine des « entreprises » au sens des art. 85 et 86 et ainsi ralentir le phénomène de reconnaissance de l'entreprise pour elle-même comme nouveau sujet de droit.

A. *Caractère particulier de la personnalité de l'entreprise.*

Une telle objection doit toutefois pouvoir être éventuellement surmontée. Tout au moins dans la mesure où l'on est convaincu que l'entre-

⁵⁴ Suppl. *Bull. Com. eur.*, n° 8, 1970, p. 169.

⁵⁵ S'il était déjà doté de la personnalité morale, le groupe ne pourrait alors plus être une occasion de montée à la vie juridique pour l'entreprise. V. dans ce sens *supra* p. 163 note 7.

⁵⁶ Ce même problème fera l'objet d'un examen séparé en ce qui concerne l'absence de personnalité juridique de la succursale, du département et de la division. V. *infra* pp. 202-208.

prise est une réalité différente du sujet de droit qui en est propriétaire, et que c'est uniquement en adoptant comme seul critère de la présence d'une entreprise l'indépendance économique qu'est rendue possible une application des art. 85 et 86 à la fois juste et efficace.

Le droit n'est-il pas en définitive qu'un moyen au service d'un certain but qui lui-même évolue ? Aussi pour que les règles de concurrence continuent à jouer le rôle pour lesquelles elles ont été créées, apparaît-il nécessaire d'adapter et de mettre à jour les concepts dont elles sont porteuses. Si cette évolution fondamentale de la notion d'entreprise s'impose absolument, si sa *nécessité* ne fait pas de doute puisqu'elle seule permettra d'identifier de façon satisfaisante les sujets matériels du droit européen de la concurrence, dans ces conditions tous les efforts doivent porter vers la recherche de procédés et de mécanismes permettant aux juristes d'utiliser une notion d'entreprise ainsi adaptée. L'absence de personnalité juridique traditionnelle appartenant en propre à l'entreprise ne doit pas être un obstacle insurmontable. Sinon cela signifierait que le droit, figé dans des notions du passé, n'est plus apte à remplir l'une de ses tâches essentielles, celle de *réglementer* avec efficacité ⁵⁷, soit avec prise sur la réalité économique, la vie et les relations des grandes entreprises européennes.

Hypothèse se transformant en postulat, on peut dire que l'entreprise unique formée par le groupe aux fins de l'application des art. 85 et 86 devient un sujet de droit. Il s'agit toutefois d'un sujet de droit assez particulier. Tout d'abord, il ne l'est en principe que dans une branche juridique, le droit européen de la concurrence. Le caractère partiel de sa reconnaissance ⁵⁸ a pour effet que la « personnalité » de l'entreprise n'est, si l'on peut dire, pas complète. Pour faire un parallèle avec le cas de certaines personnes morales de droit interne, on pourrait dire que l'entreprise est une collectivité remplissant les conditions de la personnalité mais sans être reconnue formellement par un ordre juridique — interne ou communautaire — qui soit en mesure de lui octroyer le plein effet de la personnalité juridique ⁵⁹. De par sa personnification au sein du seul droit européen de la concurrence — branche du droit économique auquel est étranger le formalisme inhérent à la technique de la personnalité juridique ⁶⁰ —, l'entreprise est certes un sujet de droit matériel mais formel-

⁵⁷ Sur le rôle de la règle de droit économique, v. la citation de Jaquemin et Schrans, *supra* p. 138 note 69.

⁵⁸ Cf. *infra* pp. 241-248.

⁵⁹ Cf. *supra* p. 64 la distinction entre personne morale et personne juridique et surtout la citation de Michoud, p. 63.

⁶⁰ Michoud (v. note 59) observe que la personnalité morale d'un être n'est complète que si le milieu juridique accepte sa personnalité. Dans le cas de l'entreprise, son milieu juridique, soit le droit européen de la concurrence, accepte sans doute sa personnalité sur le fond mais ne peut lui en octroyer tous les attributs. Cf. *infra* pp. 244-248.

lement, elle n'en possède pas toutes les caractéristiques. *Il lui manque la capacité à être elle-même, en tant qu'entreprise, titulaire de droits ou d'obligations.*

B. *La société mère, organe assumant les obligations résultant de l'« entreprise » unique formée par le groupe de sociétés.*

Les organes communautaires ont déjà eu recours à la personnalité juridique de la société mère pour suppléer à la personnalité encore déficiente de l'entreprise en voie de reconnaissance⁶¹. Dans la perspective d'une reconnaissance de l'entreprise pour elle-même comme sujet du droit européen de la concurrence, ce qui n'apparaît encore que comme palliatif pourrait se transformer progressivement en un procédé ou une technique permettant à l'entreprise de devenir une personne juridique dont non seulement la réalité matérielle serait incontestable mais qui formellement serait capable d'assumer des droits et des obligations.

On pourrait imaginer par exemple que l'entreprise constituée par le groupe de sociétés soit une entité homogène dont la volonté s'exprime par la direction centrale qui est généralement une émanation de la société mère même si des représentants des filiales peuvent en faire partie. La société mère est une personne rattachée à un ordre juridique interne. Elle peut donc à ce titre être titulaire de droits et d'obligations. Ne pourrait-elle pas faire bénéficier de cette capacité l'entreprise unique formée par le groupe ? Pour aborder cette délicate question, il faut distinguer deux situations de groupes de sociétés.

I. *Dissociation entre la personnalité de la société mère et celle du groupe : Pluralité d'entreprises du groupe.*

Pour que la personnalité juridique de la société mère puisse être confondue avec la personnalité de l'entreprise formée par le groupe, cela suppose une identification de la volonté et des intérêts de la société mère avec ceux du groupe pris dans son ensemble. Or il est loisible d'imaginer des groupes de sociétés, même dotés d'une direction centrale, dans lesquels les filiales peuvent dans certains domaines⁶² se comporter librement et prendre même des décisions allant peut-être à l'encontre des intérêts immédiats de la société mère. Une telle situation explique l'existence d'une *concurrence intragroupe*, encouragée ou tolérée, phénomène bien connu des manuels d'organisation et de « management » des entreprises⁶³. Un

⁶¹ V. *supra* pp. 162-165.

⁶² Sur cette question v. *infra* pp. 218-230.

⁶³ V. *infra* pp. 192 et 229.

intérêt de groupe existe bien dans une certaine mesure puisque la société mère profite indirectement des succès de ses filiales, bénéficiant en définitive de leurs profits et de leur croissance. Néanmoins cet intérêt peut être distingué de celui de la société mère auquel il ne s'identifie ni en permanence ni sur tous les plans.

Par ailleurs, dans un groupe économiquement décentralisé et dont les membres gardent une autonomie non négligeable, on peut parfaitement admettre que la société mère en tant qu'« entreprise » commette une violation de l'art. 85 à laquelle les autres membres du groupe n'auraient aucune part. Cette seule éventualité montre que dans un tel cas la personnalité juridique de la société mère ne recoupe pas la personnalité naissante de l'entreprise unique constituée par le groupe. En l'espèce, le groupe lui-même n'est pas une « entreprise » unique aux fins de l'application des art. 85 et 86 puisque chacun de ses membres demeure suffisamment indépendant pour constituer un sujet distinct des règles de concurrence.

II. *La société mère, organe de l'entreprise unique formée par le groupe et moyen de sa personification.*

Si au contraire, on est en présence d'un groupe de sociétés dont la direction centralisée dépendant de la société mère règle en détail l'activité des filiales aux moyens de directives et d'instructions obligatoires, il devient peut-être possible de songer formellement à une coïncidence de la personnalité de cette société mère avec la personnalité naissante de l'entreprise unique que constitue le groupe.

Pour arriver à cette conclusion, il faudrait passer en revue divers éléments constitutifs de la personnalité de la société mère pour déterminer si on peut faire porter leurs effets sur l'ensemble du groupe. Certes, *l'élément patrimonial*⁶⁴ et *l'objet social* de chaque membre du groupe subsistent en principe intégralement quel que soit le degré de contrôle. Ces éléments formels ne sont pas touchés par l'unité d'organisation et de direction. En revanche, deux éléments constitutifs fondamentaux de la personnalité ne se retrouvent plus auprès de chaque filiale. En effet, *le caractère collectif de l'intérêt* d'une part et *l'autonomie de la volonté*⁶⁵ d'autre part sont présents uniquement chez la société mère. Seule sa personnalité juridique demeure en fait vivante. Le groupe n'existe qu'à travers elle.

⁶⁴ Dans ce sens Vanhaecke, p. 203.

⁶⁵ Se référant à une jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, P.R. Rosset, « A propos des sociétés de contrôle : Unité économique ou diversité juridique », *W.u.R.*, vol. 5, 1953, p. 4, écrit : « La conclusion logique des prémisses posées par le Tribunal fédéral ne serait-elle pas que la société contrôlée n'a pas la personnalité juridique parce qu'elle n'a pas de volonté propre ? »

C'est souvent à des *motifs contingents* qu'on doit de se trouver en face d'une pluralité de sujets de droit et non pas en présence d'une seule société exploitant divers établissements juridiquement dépendants. Dans ce dernier cas, on est aussi en présence d'une entreprise unique si les établissements sont privés d'autonomie économique. C'est la personnalité juridique de cette société qui est titulaire des droits et des obligations qui en réalité ont pu naître à la suite d'actes émanant des succursales, départements ou divisions qui en dépendent.

De même est-il possible de concevoir qu'un rôle analogue soit confié à la société mère du groupe. Matériellement, c'est l'entreprise unique formée par le groupe qui est sujette du droit européen de la concurrence. Pour permettre à cette entreprise d'assumer formellement des obligations, on a recours à la personnalité juridique de la société mère qui joue le rôle d'*organe responsable* des actes de l'entreprise⁶⁶. Cette tâche lui revient dans la mesure où elle est à la source de l'intérêt et de la volonté qui sont communs à l'ensemble de l'entreprise unique formée par le groupe.

SECTION III

« ENTREPRISES » EN AVAL D'UN SUJET DE DROIT PRÉEXISTANT : SUCCURSALE, DÉPARTEMENT, DIVISION

L'observation de la vie des entreprises révèle que des entités qui n'ont pas de personnalité propre mais dépendent juridiquement d'un sujet de droit peuvent être dotées d'une indépendance économique non négligeable. Si cette dernière est suffisante, ils peuvent même parfois se comporter comme opérateur autonome sur le marché. Dans la mesure où ils ont le pouvoir d'influer de manière effective sur les conditions de concurrence régnant sur un marché donné, *ils apparaîtront comme sujet distinct du*

⁶⁶ Même lorsque la société mère n'a pas commis matériellement les faits qu'on lui reproche, elle en est responsable de la même manière que l'est en droit pénal l'auteur intellectuel d'une infraction.

Cf. sur ce point J. Guyenot, « La décision 'Continental Can' de la Commission CEE et la naissance du droit antitrust européen », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 91, 1972, p. 161 : « Pouvant, en particulier, décider du comportement de sa filiale S.L.W., Continental devient en termes de droit pénal — mais auxquels la Commission ne fait pas explicitement référence — l'auteur intellectuel des faits qui ne peuvent être imputés à l'auteur matériel, agent d'exécution, sans volonté propre. »

droit de la concurrence. Dès lors que l'on renonce à identifier l'entreprise avec une personne juridique préexistante, il n'y a pas de raison de ne pas élargir aussi, en aval de la société, le domaine des « entreprises » visées par les art. 85 et 86. Le fait de mettre au premier plan le critère de l'activité économique exercée de manière autonome⁶⁷ conduit à admettre comme « entreprise » au sens du Traité des entités qui ne sont pas des sujets traditionnels du droit civil ou commercial.

D'une manière générale, de telles entités appartiennent aux *classifications fonctionnelles* qui englobent selon Houssiaux « les groupements de populations fondés sur la notion économique de l'activité »⁶⁸. Appartiennent à ces classifications fonctionnelles un grand nombre d'entités très diverses qu'on qualifie parfois d'*unités de décision*⁶⁹ voire d'*établissements*⁷⁰. Elles ont toutes, en commun avec la notion d'entreprise, le fait d'être des unités de production ou de distribution douées d'une certaine indépendance économique. En réalité cette indépendance économique est souvent assez limitée. Ces entités dépendent alors non seulement juridiquement mais aussi économiquement du sujet de droit auquel elles sont rattachées. Mais cela est loin d'être toujours le cas. A cet égard deux catégories d'entités autonomes mais privées de personnalité juridique sont à examiner : la succursale d'une part et le département ou la division d'autre part. On se trouve en présence d'entités pouvant constituer dans certains cas des « entreprises » distinctes.

§ 1. EFFET DE L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DE LA SUCCURSALE.

Le cas de la succursale est l'un de ceux qui vient immédiatement à l'esprit à propos de la notion d'entreprise. Selon certaines lois nationales⁷¹, elle est d'ailleurs considérée comme une « entreprise ». Malgré

⁶⁷ En faveur de cette thèse, v. N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés Européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, p. 414 ; R. Franceschelli, « L'entreprise communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 4, 1968, pp. 538-547, et également la définition du B.Kart.A. citée *supra* p. 52.

⁶⁸ J. Houssiaux, *Le pouvoir de monopole*. Paris, Sirey, 1958, p. 99 (ci-après Houssiaux, *Le pouvoir*). Cet auteur leur oppose les *classifications formelles* correspondant « à des considérations étrangères à la fonction économique de l'unité de décisions ».

⁶⁹ Cf. aussi *infra* p. 232.

⁷⁰ On peut considérer l'établissement (« Betrieb ») comme une unité technique de travail, alors que l'entreprise (« Unternehmen ») apparaît plutôt comme une unité organisée en vue de la production. Dans ce sens Harms, *Konzerne*, p. 90 note 411 ; cf. aussi Houssiaux, *Le pouvoir*, pp. 75 et 101-102.

⁷¹ En Suisse, elle a la qualité d'entreprise selon la loi sur l'organisation du Registre du Commerce (art. 52 al. 3 O.R.C.) et demeure soumise à l'obligation de s'inscrire à ce registre en vertu de l'art. 935 du Code des obligations.

la diversité des notions de succursale d'après les branches du droit et les droits nationaux envisagés⁷², on peut en relever quelques caractères essentiels. Il s'agit d'une entité économique qui dépend juridiquement d'un sujet de droit préexistant mais dont le trait particulier est de disposer d'une autonomie relative⁷³.

Du point de vue économique, son autonomie peut se manifester par l'utilisation de *locaux* et d'*installations matérielles* distincts de ceux de l'établissement principal⁷⁴. En principe, elle doit accomplir des opérations conformes à l'objet de la société dont elle dépend⁷⁵. Il n'est pas essentiel qu'elle établisse sa propre *comptabilité*⁷⁶. Le fait de disposer d'une *clientèle propre* est en général une caractéristique fondamentale de la succursale⁷⁷. Cet élément lui confère une « quasi autonomie théorique »⁷⁸ qui l'oppose aux autres types d'exploitation secondaire, usines et entrepôts, simples centres d'exploitation qui ne peuvent fonctionner de façon indépendante.

Du point de vue juridique, deux éléments déterminants coexistent dans la succursale qui reflètent son caractère *hybride* : l'absence de personnalité morale et la capacité de traiter avec les tiers.

L'absence de personnalité juridique est souvent le seul élément qui permet de différencier la succursale de certaines filiales entièrement soumises aux ordres de la direction centralisée du groupe. Vanhaecke observe que la filiale et la succursale sont deux synthèses similaires de deux éléments contradictoires. En elles s'établit la conjonction d'un principe d'autonomie et d'un principe de subordination. Si dans la filiale, ces deux principes s'expriment par la mise en œuvre d'institutions juridiques propres au droit des sociétés (participation, contrôle, personnalité morale),

⁷² V. pour la doctrine française, M. Cabrillac, « Unité ou pluralité de la notion de succursale en Droit privé », in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*. Paris, Dalloz, 1961, pp. 119-132 ; et la *lit. cit.* par M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*. Paris, L.G.D.J., 1962, p. 206 ; v. aussi les définitions citées par C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par action*. Paris, Sirey, 1962, pp. 94-99 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*. Paris, Sirey, 1967, p. 137.

⁷³ Cet élément ressort notamment dans la définition suivante de la succursale donnée par le Tribunal fédéral suisse : « Une exploitation commerciale qui, juridiquement, fait partie d'une entreprise principale dont elle dépend, mais qui exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire en jouissant d'une certaine indépendance dans le domaine économique et celui des affaires. » Arrêt *USEGO et consorts c/ Direction de la Justice et Police du Canton de Zurich*, du 10 janvier 1952, *A.T.F.*, 78 I, p. 70 ; *J.T.*, 1954, I, p. 275.

⁷⁴ Cabrillac, p. 122 ; Paillusseau, p. 138.

⁷⁵ Vanhaecke, p. 207.

⁷⁶ Cabrillac, p. 124 ; *contra* Vanhaecke, p. 207.

⁷⁷ Paillusseau, p. 138.

⁷⁸ Champaud, *Le pouvoir*, p. 92.

en revanche dans la succursale, des éléments de pur fait révèlent en général l'autonomie et la subordination.

On ne peut pas exclure la succursale du domaine des « entreprises » visées par les art. 85 et 86 dès lors que l'indépendance juridique n'est plus une condition *nécessaire* à l'existence d'une « entreprise ». C'est seulement, dans chaque cas particulier, l'examen de l'ampleur et du domaine de l'autonomie de fait dont est dotée la succursale qui permettra de déterminer si on doit la considérer comme un sujet distinct du droit européen de la concurrence. L'attitude qu'il convient d'adopter à son égard en ce qui concerne le droit de la concurrence est de même nature que celle que réclame la filiale. A l'appui d'une telle analogie de traitement s'inscrit le propos suivant de Vanhaecke sur la succursale :

« Son autonomie n'a pas été reconnue juridiquement. Elle présente, néanmoins, tous les caractères requis pour devenir une entreprise autonome. La différence entre la filiale et la succursale est donc d'ordre exclusivement formel. » ⁷⁹

Le fait que la succursale soit capable de traiter avec les tiers, ce qui est la marque de son autonomie, joue en faveur de sa soumission éventuelle aux règles de concurrence. Certes, ses pouvoirs à cet égard sont limités. En l'absence de personnalité juridique propre, ce n'est pas directement mais par le recours à l'institution juridique bien connue du mandat ⁸⁰ que la succursale peut mener une vie autonome, soit passer des contrats, réaliser des actes de commerce, signer des effets bancaires ⁸¹. Sur le plan économique, on constate que la succursale est en mesure de se livrer en principe à toutes les pratiques propres à restreindre la concurrence.

En ce qui concerne le degré d'autonomie nécessaire pour qu'il y ait succursale, les conceptions peuvent varier selon les droits internes. Une conception plutôt restrictive exigerait pour le directeur de l'établissement secondaire le droit d'embaucher du personnel, d'aménager les locaux, d'obtenir du crédit. De même, on serait en présence d'une succursale si les contrats que le gérant a reçu mission de conclure ne sont pas à exécution instantanée ⁸², de sorte qu'il a le pouvoir de souscrire des obligations au nom de la société dont il dépend.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 210 ; *contra* Champaud, *Le pouvoir*, p. 98.

⁸⁰ V. Blaise, p. 62.

⁸¹ Cf. Champaud, *Le pouvoir*, pp. 98-99.

⁸² On exclut par exemple du domaine de la succursale la situation du gérant d'un poste d'essence qui n'a pour mandat que de vendre de l'essence. Les actes purement mécaniques d'un tel gérant ne traduisent pas une autonomie d'une nature suffisante. Il n'est pas question dans un tel cas d'une entreprise distincte mais plutôt d'un employé d'une entreprise. V. la jurisprudence citée par Cabrillac, p. 130.

Dans l'hypothèse où une succursale dispose en fait de l'autonomie suffisante pour se livrer à une entente violant l'art. 85, comment caractériser le rôle de cette succursale en cas d'infraction de cette disposition ? Il se peut fort bien que d'un point de vue économique, ce soit cette seule succursale, et non la personne juridique dont elle dépend, qui apparaisse comme une « entreprise » aux fins de la définition de l'« auteur matériel de la violation », ou tout au moins en vue de déterminer le contenu économique de l'entente⁸³. Mais si la qualité de sujet matériel de l'entreprise formée par la succursale n'est pas sérieusement contestable, on se retrouve devant la même objection que lors de la prise en considération du groupe de sociétés comme « entreprise » unique⁸⁴. Comment pallier l'absence de personnalité juridique de l'« entreprise » formée par la succursale ?⁸⁵.

§ 2. EFFET DE L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DU DÉPARTEMENT ET DE LA DIVISION.

Si la notion de succursale est bien connue des juristes, il n'en est pas de même pour celle de département ou de division. Ces dernières sont par contre familières à tous ceux qui se préoccupent de la gestion des entreprises (« management ») et particulièrement de celle des grandes « entreprises multinationales »⁸⁶. *Le juriste aurait tort cependant de les ignorer*, spécialement pour l'interprétation du droit de la concurrence. Celle-ci oblige en effet à saisir au plus près de la réalité économique tous les lieux où s'exprime une possibilité de comportement indépendant. Or on verra que bien souvent, département et division constituent le *substratum matériel* des grands ensembles économiques auprès duquel le réseau des filiales n'apparaît que comme une *superstructure* purement formelle.

En français, les termes de département et de division sont parfois utilisés dans le même sens⁸⁷. Par contre, selon la terminologie américaine dont l'influence est importante en matière de gestion des entreprises, l'expression « department » qualifie une entité dotée le plus souvent de moins d'autonomie et de taille plus modeste que la « division »⁸⁸. La créa-

⁸³ V. sur ce point B. Goldman, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1971, pp. 265-266 n° 243.

⁸⁴ V. *supra* pp. 200 ss.

⁸⁵ Avant d'examiner cette objection, v. *infra* p. 202, on analysera la situation particulière du département et de la division.

⁸⁶ Sur cette notion, v. *infra* p. 214 note 20.

⁸⁷ V. Paillusseau, p. 133.

⁸⁸ V. par exemple B. Hawrylyshyn, « The Internationalization of Firms », *Journal of World Trade Law*, vol. 5, 6971, p. 81 : « Initially, the firm may

tion⁸⁹ de telles entités au sein des grandes entreprises ou groupes multinationaux doit être englobée dans le phénomène général de la concentration. Elle résulte du processus de *décentralisation* qui réalise la *croissance interne* de l'entreprise⁹⁰. Ce phénomène de décentralisation aboutit à la création de nombreuses *unités de décision*⁹¹ dont la coordination est assurée par une *unité de contrôle* ou direction centrale.

Toute unité de décision peut théoriquement constituer une « entreprise » aux fins de l'application des art. 85 et 86 dans la mesure où elle dispose d'une indépendance économique suffisante. Le département, peut-être davantage que la succursale, peut apparaître comme une unité de décision douée de compétences et de pouvoirs réels suffisants pour en faire un sujet distinct du droit de la concurrence. Cela tient d'une part à certains éléments qui tendent à consacrer en droit l'autonomie du département, et d'autre part à l'*usage* que certains départements font de cette autonomie.

simply have an export department. It then tends to set up an international division, which controls all the operations abroad. »

Dans le même sens, R.J. Cordiner, « Une structure décentralisée tripartite dans une entreprise américaine. La 'General Electric' », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, p. 27 : « Pour les besoins de la direction, les départements autonomes sont groupés en deux divisions. Chaque division peut être considérée comme une famille d'entreprises. »

⁸⁹ Les principes fondamentaux et les motifs qui poussent à la création de départements ou de divisions sont résumés ainsi par F. Hetman, *Le secret des géants américains*. Paris, Seuil, 1969, p. 74 :

« 1. Déléguer la responsabilité pour les tâches partielles et bien déterminées à travers toute l'organisation ; mais en octroyant à chacun l'autorité indispensable à l'exécution de sa tâche.

2. « Descendre » les décisions opérationnelles aussi près que possible de l'action qu'elles doivent commander et où elles ont le plus de chance d'être bien informées et plus efficaces.

3. Distinguer nettement entre la ligne des décisions stratégiques ou proprement directoriales, centrées sur la formulation de la politique de croissance, et la ligne des décisions opérationnelles qui portent essentiellement sur l'exécution des objectifs fixés par la première. »

⁹⁰ Autre mode de concentration, le processus d'*intégration* réalise au contraire la *croissance externe* de l'entreprise. V. Paillusseau, p. 119.

⁹¹ J.L. Bower, « Planning within the firm », *Am. Econ. Rev.*, vol. 60, 1970, p. 187 illustre ainsi la complexité de la structure de « management » à laquelle conduit la décentralisation des décisions : « In order to provide for the systematic application of specialized capability, a typical corporation is organized into a large number of subunits. There are sections of plants, research departments, sales offices, product managers, and an endless number of other kinds of units. Typically the corporations will have as many as seven levels of management above the operating levels ; for example, section, department, division, group, corporate staff, chief executives, and the board. »

A. *Éléments reflétant l'autonomie du département : Analogie avec la filiale.*

Certains éléments que la doctrine et la jurisprudence exigent en général de la succursale ne se retrouvent en principe pas chez le département. Ainsi le département peut avoir sa *propre clientèle*, comme toute succursale, mais selon la structure de l'entreprise à laquelle il se rattache, le département n'a souvent aucun contact avec la clientèle. De même, le département n'occupe pas nécessairement des *locaux* distincts de l'établissement principal.

Le degré d'intégration locale ou de décentralisation géographique dépendra, là aussi, de la structure et de l'objet de l'entreprise. S'il arrive que des entreprises de dimensions modestes possèdent une ou plusieurs succursales, généralement seules les entreprises relativement importantes peuvent songer avec profit à opérer une décentralisation au moyen de départements ou de divisions. C'est l'importance des compétences octroyées à ses dirigeants et celle des moyens matériels qui lui sont affectés qui expliquent l'autonomie plus grande du département par rapport à la succursale. Paillusseau souligne qu'en droit français, on doit d'abord prendre en considération la nature des pouvoirs de gestion attribués respectivement au gérant de la succursale et au directeur du département⁹². La différence serait non seulement de degré mais de nature. Alors que le gérant de la succursale sera doté en général de *pouvoirs de direction* seulement, la délégation de pouvoirs consentie au directeur du département porte souvent également sur des *pouvoirs d'administration*⁹³.

La création de départements au sein d'une entreprise en voie de décentralisation va entraîner une profonde modification des rapports entre les *éléments humains* de l'entreprise. La réorganisation des fonctions du personnel touchera essentiellement les cadres⁹⁴. Les contacts de travail seront modifiés et renouvelés afin de préciser les nouvelles attributions. Ils peuvent également être résiliés. Des moyens en personnel suffisants vont être attribués au département pour qu'il puisse se comporter comme une *unité de gestion autonome*.

⁹² *Op. cit.*, pp. 136-137.

⁹³ Paillusseau, p. 136, fait observer que cette gestion autonome est facilitée par certains mécanismes du droit des sociétés qui permettent de mettre à la tête du département un directeur général adjoint à qui sont délégués de véritables pouvoirs d'administration. L'inorganisation juridique de la structure du département donne lieu cependant aux situations pratiques les plus diverses.

⁹⁴ Dans ce sens, Hoglund et Sodermann, « Le passage d'une organisation par fonction à une organisation par produits », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, pp. 56-57.

Pour réaliser les buts en vue desquels il a été créé, le département va en outre se voir doté de *certaines éléments patrimoniaux* appartenant à la société dont il dépend juridiquement. Cette affectation apparaîtra en principe plus importante dans un département que dans une succursale. Elle n'est pas purement intellectuelle car sa mise en œuvre entraîne des transferts de biens tels que usines, bureaux, clientèles, créances, dettes, etc., dont le département devient responsable.

L'ampleur de l'affectation varie selon les *objectifs* que poursuivent les entreprises ayant décidé la création de départements. Si l'objectif de l'entreprise est limité au service d'une clientèle ou à la fabrication d'un produit, l'affectation sera modeste, à la mesure du rôle de sous-traitant fréquemment attribué au département. Parfois au contraire, les objectifs sont plus généraux. Ainsi dans le système de *décentralisation fédérative* et de direction par objectifs, certains départements doivent assurer la production et la distribution d'un produit, voire de toute une gamme de produits. L'affectation sera alors nécessairement plus importante. Alors « les départements deviennent de véritables entreprises »⁹⁵.

La communauté d'affectation des éléments personnels et matériels leur confère une homogénéité qui caractérise et particularise le département. On peut le qualifier d'« unité patrimoniale homogène et individualisée » qui suivant qu'il reçoit ou non le statut juridique de filiale sera ou bien un patrimoine d'affectation par la constitution d'une société, ou bien une simple universalité de fait⁹⁶.

Théoriquement un département ou une division au même titre qu'une filiale peuvent constituer une « entreprise » au sens des art. 85 et 86. Seul est déterminant pour l'octroi de la qualité de sujet distinct du droit anti-trust *le degré d'indépendance effectif de l'unité de décision*. Ce dernier est fonction de l'organisation et du mode de gestion de l'ensemble économique dont elle fait partie. Du point de vue de la réalité économique, il n'y a pas de raison objective de considérer *a priori* que parce qu'elle est dotée d'une personnalité juridique, la filiale a plus de raisons d'être considérée comme « entreprise » unique que le département ou la division⁹⁷.

⁹⁵ Paillusseau, p. 135.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Dans la hiérarchie des pouvoirs de décision, la seule dont doit tenir compte le droit de la concurrence, une filiale peut se trouver au-dessus d'un département ou d'une division, mais le cas contraire est plus fréquent. Il peut arriver qu'une filiale importante, acquise récemment par un groupe, comprenne encore en son sein plusieurs départements voire divisions avant toute réorganisation. Plus souvent, on est en présence de « divisions » atteignant une énorme taille et se voyant attribuer la responsabilité de la gestion de nombreuses filiales. Ces dernières seront soumises en fait à l'autorité des dirigeants de la division, ceux-ci ne répondant en dernier ressort qu'après de la direction centrale du groupe.

Les observateurs de la grande entreprise, qui se sont penchés sur le phénomène de la concurrence interne⁹⁸ entre unités de décision soumises à la même unité de contrôle, utilisent les mêmes critères et parviennent à des conclusions semblables selon que les unités de décision sont juridiquement dépendantes (département, division) ou indépendantes (filiale). Quelle que soit la structure formelle choisie, soit l'on est en présence d'une direction centralisée qui refuse toute autonomie aux membres du groupe, soit au contraire les unités de décisions conservent une liberté de comportement qui peut même les conduire à entrer en concurrence les unes vis-à-vis des autres. Dans le premier cas, il n'y a qu'une seule entreprise en vue de l'application des règles de concurrence. Dans le second, il semblerait que l'on soit en présence d'une pluralité de sujets du droit antitrust⁹⁹.

B. Comportement plural en droit antitrust américain et coopération entre départements ou divisions.

Le droit antitrust américain apporte d'utiles enseignements sur le traitement des ensembles économiques juridiquement ou économiquement décentralisés. La parenté entre l'art. 85 CEE et la section 1 Sherman Act a été maintes fois relevée¹⁰⁰. Sans recourir au terme « entreprise », cette dernière disposition exige également un *comportement plural*¹⁰¹ comme condition d'une « conspiracy » jugée illégale. Si la doctrine de l'« *intra enterprise conspiracy* » qui a permis à certaines occasions l'application de la section 1 Sherman Act à l'encontre d'accords intragroupes a été abondam-

⁹⁸ Sur la concurrence à l'intérieur d'un groupe de sociétés, cf. *infra* p. 229.

⁹⁹ Les critères à envisager pour déterminer si l'indépendance économique des unités de décision est suffisante pour qu'il y ait pluralité d'« entreprises » aux fins de l'application des règles de concurrence sont très complexes. On s'efforcera de les approfondir pour tenter parallèlement de construire une nouvelle notion d'entreprise. V. *infra* pp. 208-248.

¹⁰⁰ V. par exemple L. Focsaneanu, « Le droit de la concurrence de la C.E.E. et le droit antitrust des Etats-Unis », *Rev. M.C.*, 1965, p. 343 ; I. Torley Duwel, « Signification du mot 'entreprise', dans le sens de l'article 85 du Traité C.E.E., à propos d'accords entre sociétés mères et filiales entre elles », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 2, 1966, p. 400 ; P. Van Ommeslaghe, « L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 3, 1967, p. 483 ; H.D. McCoy, « The United States Parent Corporation — European Subsidiary Relationship under the European Antitrust Regulations », *Virginia Journal of International Law*, vol. 3, 1963, p. 54 ; H.D. Krause, « The Multi-Corporate International Business Under Section 1 of the Sherman Act — Intra Enterprise Conspiracy Revisited », *Bus. Law.*, vol. 17, 1962, p. 937.

¹⁰¹ J.J. Brennan, « The Sherman Act and Multi-Corporate Single-Traders : Competition Among Affiliates ? », *U. Pa. L. Rev.*, vol. 100, 1952, p. 1007 montre que, contrairement à la section 2 qui s'apparenterait plutôt à l'art. 86 CEE, la section 1 Sherman Act exige la présence d'une pluralité d'entreprises : « This difference makes multi-corporate organization immaterial under § 2 which em-

ment décrite dans la doctrine¹⁰² américaine et européenne, on connaît moins celle de l'« *intra corporate conspiracy* ». Celle-ci se révèle d'un grand intérêt pour l'étude de la notion d'entreprise en droit de la concurrence. Son adoption dans certaines situations exceptionnelles pourrait en effet permettre que soit remplie la condition de pluralité de sujets du droit antitrust par le comportement de plusieurs unités de décisions juridiquement dépendantes d'un même sujet de droit.

Ces deux doctrines ont été l'objet de nombreuses critiques qui insistent sur le fait qu'un ensemble économique — juridiquement centralisé ou décentralisé — doit être considéré comme entreprise unique aux fins de l'application de la section 1 Sherman Act. Toutefois dans la mesure où l'on accepte que dans certaines circonstances les accords ou pratiques concertés entre sociétés d'un même groupe soient constitutifs d'une « conspiracy », alors on doit logiquement admettre l'éventualité d'un comportement concerté entre divisions *juridiquement dépendantes* d'une même société. Économiquement, seule est justifiée une application parallèle¹⁰³ des doctrines de l'« *intra enterprise conspiracy* » et de l'« *intra corporate conspiracy* ». Le fondement d'une « conspiracy » doit être dans les deux cas établi selon les mêmes critères dès lors que les unités décentralisées sont en mesure de se comporter véritablement en tant qu'entreprise distincte.

En réalité, les tribunaux américains ont à ce jour pratiquement toujours rejeté l'idée que les conditions d'une « conspiracy » au sens de la section 1 Sherman Act puissent être réalisées par des relations et pratiques intra-sociétés, soit entre divisions ou départements, soit entre divisions et direction centrale d'une même société¹⁰⁴. Pourtant, un tribunal de district d'Hawaï avait en 1967 suscité à ce propos un certain trouble dans les milieux juridiques et industriels américains. Selon l'arrêt *Hawaiian Oke*¹⁰⁵, il apparaissait que malgré leur absence de personnalité juridique,

braces both individual and joint action but poses the issue under § 1 whether to employ economic or legal units as the basis of computation in determining whether there has been the required collaboration. »

¹⁰² V. Antitrust Development 1955-1968, New York, American Bar Association, 1968, Supplement to Att'y Gen. Rep., pp. 19-24 (ci-après *Antitrust Develop.* 1955-1968) ; I.E. Willis and R. Pitofsky, *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 43, 1968 ; pp. 20-52 ; Harms, *Konzerne*, pp. 40-64.

¹⁰³ V. dans ce sens Brennan, p. 1011, qui observe à propos de ces deux doctrines : « Because of the logical and factual relation between them perhaps consistency would demand they coincide, so that a conspiracy might be found as readily within a single corporation as it is among affiliated corporations. »

¹⁰⁴ V. liste des arrêts rejetant l'« *intra corporate conspiracy* doctrine » citée in *Seagram v. Hawaiian Oke*, 416 F. 2d 71, 83 (1969).

¹⁰⁵ *Hawaiian Oke & Liquors, Ltd. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 272 F. Su. 915 (D. Hawaii 1967).

les trois divisions Calvert, Four Roses et Frankfort de la société House of Seagram devaient être traitées comme des entités séparées en vue de l'examen d'une violation éventuelle de la section 1 Sherman Act. Les principaux arguments retenus par le tribunal d'Hawaï pourraient aussi être invoqués en vue d'une application de l'art. 85 CEE à l'encontre de pratiques concertées émanant d'« entreprises » constituées par les départements ou les divisions dépendant juridiquement d'un même sujet de droit ¹⁰⁶.

Tout d'abord, le tribunal distingue soigneusement entre d'une part, la question de la soumission au droit antitrust (les divisions sont considérées comme des entités ou entreprises séparées) et d'autre part, celle de la détermination du défendeur dans le verdict (les divisions sont alors considérées comme formant une seule entité ou entreprise : le défendeur : « House of Seagram ») ¹⁰⁷. Il insiste ensuite sur la portée générale de la section 1 Sherman Act que la Cour Suprême a pu qualifier dans le passé d'« énumération de portée globale de façon à être sûr qu'aucune forme de contrat ou de combinaison par laquelle le commerce interétatique subit une restriction induite ne peut échapper à la condamnation » ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Le principe d'une « intra corporate conspiracy » est d'ailleurs plus facilement concevable à propos de l'application de l'art. 85 CEE (v. *infra* pp. 198 ss.) que de la section 1 Sherman Act. En effet, le terme de « person » apparaît à la fin de la section 1 ce qui tendrait à indiquer qu'en principe les sujets de cette disposition sont toutes des personnes juridiques. Pour cette raison, dans certains « Consent Decrees » il a dû être expressément prévu que le mot « person » ne doit pas être défini d'une manière telle qu'il puisse comprendre les filiales. On se prémunit ainsi contre le risque de soumission des accords intragroupes à l'application de la section 1 Sherman Act. V. Consent Decree in *U.S. v. Standard Oil Co. (N.J.)*, (S.D. N.Y. 1960) Trade Case 1960, par. 69, 849. Sur ce point v. G. Nebolstine, « Antitrust Laws of the Common Market Countries », *Symposium Private Investors Abroad*. New York, M. Bender, 1961, p. 241 ; M. Handler, « Some Misadventures in Antitrust Policy Making », *Yale L. J.*, vol. 76, 1966, pp. 119-120 note 207.

En revanche, l'article 85 CEE n'utilise que le terme « entreprise » pour désigner ses sujets. Dès lors, en l'absence d'une interprétation qui tendrait à assimiler cette notion à celle de personne juridique dans certaines situations (cf. *supra* p. 36), il n'y a pas lieu en principe d'exclure que le terme « entreprise » puisse éventuellement désigner pour l'application de l'art. 85 des entités économiques agissant d'une manière autonome (succursale, département, division) même si elles n'ont pas de personnalité juridique propre.

¹⁰⁷ *Arrêt cit.*, p. 917 : « Each of these divisions of defendant House of Seagram, Inc., shall be treated by you as separate entities for the purpose of determining whether or not there has been a combination or conspiracy ... to terminate Hawaiian Oke as their respective distributor. For the purpose of returning a verdict, however, you will consider these divisions as being the defendant House of Seagram, Inc... »

¹⁰⁸ Le tribunal invoque une déclaration du Chief Justice White in *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911) : « an all-embracing enumeration to make sure that no form of contract or combination by which an undue restraint of interstate commerce is achieved can be saved from condemnation. »

L'argument principal avancé par le Tribunal d'Hawaï consiste à penser qu'en droit antitrust, il ne faut pas s'arrêter à la terminologie utilisée pour qualifier un état de fait particulier¹⁰⁹. C'est la substance ou situation réelle qui est déterminante pour décider s'il y a pluralité d'opérateurs économiques, non pas la forme juridique adoptée¹¹⁰. Puisque dans certains cas, il a été admis qu'une « conspiracy » pouvait résulter de pratiques intragroupes, pourquoi la situation serait-elle différente si la séparation légale et formelle est supprimée¹¹¹, les filiales se muant en divisions ? Un groupe qui décide de transformer sa structure pour n'être plus composé que de divisions sans personnalité juridique devrait-il être considéré comme une personne juridique ordinaire en droit antitrust ? Le raisonnement adopté par le tribunal de district tend à montrer que les concepts juridiques qui sont valables et généralement admis en droit commercial peuvent — lorsqu'ils ne recouvrent manifestement plus une certaine situation de fait — être abandonnés en droit antitrust¹¹². La capacité d'une division de conspirer dépend seulement des faits démontrés par les parties. Ainsi la question essentielle à poser en l'espèce est la suivante : Est-ce que tous les aspects des opérations d'une division sont, en fait et pour tous ses objectifs, contrôlés et dirigés du sommet ou est-ce que cette division dispose d'un pouvoir distinct, autonome et fluide, en vue d'agir dans un secteur particulier de l'activité économique¹¹³ ?

Procédant à une analyse détaillée de la structure interne de la société défenderesse « The House of Seagram », le tribunal parvint à démontrer

¹⁰⁹ 272 F. Supp. 915, 919 (1967) : « We, as judges and lawyers, should not be restricted by the semantics chosen to describe a particular factual situation. »

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 921 : « Courts are concerned with applying rules of law in a actual, factual context. Private parties can not evade the applicable law merely by changing the label attached to a particular business entity. »

¹¹¹ « Substance rather than form should govern. » ; cf. aussi *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, 227 (1947).

¹¹² « ... when the paper partition is removed. »

¹¹³ 272 F. Supp. 915, 920 (1967) : « There is nothing sacrosanct about the 'unincorporated' aspect of corporate divisions. To hold otherwise would give businessmen the power to avoid the proscriptions of the antitrust laws by the fortuitous employment of alert legal counsel. »

Cette nécessaire corrélation du droit antitrust avec la réalité économique a souvent été affirmée par la Cour Suprême, notamment dans l'affaire *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 87 S. Ct. 1856, 18 L. Ed. 2d 1249, concurring opinion of Mr. Justice Stewart (Jne 12, 1967) : « Draftsmen may cast business arrangements in different legal modes for purposes of commercial law, but these arrangements may operate identically in terms of economic function and competitive effect. *It is the latter factors which are the concern of the anti-trust laws.* » (C'est nous qui soulignons.)

¹¹³ 272 F. Supp. 915, 920 (1967) : « Is each facet of the unincorporated division's operation in fact, for all purposes, controlled and directed from above, or is it endowed with separable, self-generated and moving power to act in the pertinent area of economic activity ? »

que celle-ci ne résultait que d'une transformation purement formelle du groupe condamné dans l'arrêt *Kiefer-Stewart*¹¹⁴. A la suite de cet arrêt rendu par la Cour Suprême en 1951, la société mère Seagram avait transformé en *divisions* juridiquement dépendantes les *filiales* avec lesquelles elle avait été reconnue coupable de « conspiracy ». Les faits devaient montrer qu'aucun changement réel dans les méthodes de vente et de distribution n'avait résulté de cette modification de structure¹¹⁵. Or estima le tribunal, pour que de telles réorganisations puissent permettre d'échapper aux lois antitrust, il faut qu'elles entraînent une modification réelle de la situation antérieure¹¹⁶. Mais des témoignages des dirigeants de Seagram & Sons et de Calvert révèlent que les divisions ont conservé une très large autonomie¹¹⁷. Chaque division est responsable de l'élaboration du système de distribution des produits auprès du marché. Elle a surtout le libre choix du grossiste chargé de la distribution dans chaque zone géographique. Les décisions prises par Four Roses, Frankfort et Calvert en vue de résilier les accords avec Hawaiian Oke l'on été par les responsables qualifiés de chaque division. Puisque ces décisions sont prises normalement par chaque division entièrement indépendamment l'une de l'autre, le fait que dans un cas précis elles aient été adoptées de manière concertée constitue une violation du droit antitrust¹¹⁸.

Le tribunal ne nie pas que l'indépendance des divisions se manifeste dans un domaine limité, celui des ventes. Toutefois, la notion d'indépendance des divisions — essentielle pour la constatation d'une éventuelle violation de la section 1 Sherman Act — n'est pas une notion indivisible¹¹⁹

¹¹⁴ *Kiefer Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951).

¹¹⁵ L'esprit dans lequel il avait été procédé à une restructuration transparaît bien dans ce conseil à Seagram & Sons, prêté par la Cour à l'avocat du défendeur et reconnu par ce dernier comme correspondant à la réalité, *arrêt cit.*, p. 920, 921 note 17 : « ... nevertheless, keep your divisions just as 'independent' as they were before, keep them as competitive as they were before, but tear out the veil, and then we will have cured the defect found in our organizational setup, as pointed out by the U.S. Supreme Court in Stewart. »

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 921 : « There is nothing wrong with reorganizing to comply with court rulings. However, to avoid the judicial proscription the reorganization must be more than a shuffling of papers. »

¹¹⁷ Il s'agit de divisions de vente indépendantes selon le type de structure adopté par la General Motors, société au sein de laquelle Pontiac est en concurrence avec Buick alors que ces deux divisions s'efforcent de concurrencer Oldsmobile, *ibid.*, p. 922. Cf. *infra* p. 229.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 923 : « Normally such decisions are made 'entirely independently' of any other division. If these autonomous divisions deviated from their normal procedure, so that separate, decision-making 'heads' acted in concert, they became subject to the proscriptions of the antitrust laws. »

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 919 note 10 : « A division may be given authority to make final decisions in some, but not all, areas of its operation. The situation extent in that phase of the operation under attack is the pertinent factual inquiry. » Cf. *infra* p. 225 la notion de « konzernfreien Sphären » du droit antitrust allemand.

mais peut au contraire être décomposée. Si l'on parvient à établir l'indépendance de la division dans le seul domaine faisant précisément l'objet d'une allégation de « conspiracy », cette indépendance partielle suffit. Or dans cette affaire, le reproche adressé aux défendeurs ne visait que le domaine de la vente et de la distribution ¹²⁰.

Le jugement de première instance rendu en faveur de Hawaiian Oke & Liquors, Ltd. par le tribunal de district de Hawaï fut finalement renversé par la Cour d'Appel du « Ninth Circuit » au profit de la société Seagram ¹²¹. La Cour d'Appel contesta d'une part le fait que la réorganisation du groupe Seagram dès 1959 ait été une opération purement formelle. D'autre part, elle refusa de considérer *isolément* l'autonomie dans l'organisation des ventes qui est demeurée l'attribut des divisions. L'interdépendance entre les diverses activités de la société empêche de considérer qu'une autonomie dans ce seul domaine crée l'indépendance nécessaire pour l'application de la section 1 Sherman Act ¹²².

Selon la Cour d'Appel, si l'on admet une seule fois que des divisions ou toutes autres unités administratives internes d'une même société sont capables de « conspirer » entre elles, il n'y a plus de raison de s'arrêter sur cette voie. Chaque société, particulièrement si elle est importante, est obligée de prévoir une certaine décentralisation interne. Les impératifs d'une bonne gestion commandent précisément une large délégation du pouvoir. Or au sein d'une telle entreprise économiquement décentralisée, il est inconcevable que ne se développe pas tout un réseau de communications internes.

Un tel argument peut être invoqué contre l'utilisation de la règle de droit antitrust à l'égard des relations internes qui s'établissent aussi bien au sein d'un groupe de sociétés ¹²³ qu'à l'intérieur d'une société opérant

¹²⁰ *Ibid.*, p. 924 : « The distribution of the defendant's products is the only business function which is relevant herein. The fact that the Seagram divisions may have certain joint or common functions does not detract from the admittedly divided responsibility for marketing. Plaintiff's allegations related to defendant's sales organizations. This is the only activity which must be considered in determining *each division's status as a separate legal entity capable of conspiring.* » (C'est nous qui soulignons.)

¹²¹ *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hawaiian Oke & Liquors, Ltd.*, 416 F. 2d 71 (1969). On peut penser toutefois que les arguments avancés lors du procès de 1967 gardent leur valeur pour d'autres situations dans lesquelles les divisions disposeraient d'une indépendance économique encore plus importante et pourraient vraiment apparaître comme « entreprise » distincte aux fins de l'application de la règle antitrust.

¹²² 416 F. 2d 71, 83 (1969) : « But since sales and price decisions are not made in a vacuum, but are affected by other corporate activities, we doubt that autonomy in sales alone would ever be sufficient independence. »

V. aussi Note, *N.Y. U.L. Rev.*, vol. 43, 1968, p. 177. Cf. *infra* pp. 224-226.

¹²³ Cf. *supra* pp. 163-165.

au moyen de divisions. Pour éviter que l'application systématique de la section 1 Sherman Act ou de l'art. 85 CEE ne paralyse la vie économique, beaucoup de grands ensembles économiques doivent être considérés comme entreprise unique aux fins de l'application des règles du droit antitrust, tant américain que communautaire. Mais lorsqu'il peut être établi que les unités de décision agissent de manière véritablement indépendante à l'égard de la direction centrale, alors on devrait les considérer comme *entreprise distincte, qu'elles soient ou non dotées de la personnalité juridique*. En effet, l'analyse de la situation économique réelle montre que dans de tels cas, on n'est pas en présence d'une entreprise unique mais d'une *pluralité d'opérateurs économiques* se comportant d'une manière autonome sur le marché. Si l'on peut prouver que ces opérateurs indépendants se concertent effectivement pour restreindre une concurrence interne ou externe, alors un tel comportement doit être soumis aux règles de concurrence.

C. Conséquences pour la mise en œuvre des art. 85 et 86 CEE.

L'élargissement du domaine des « entreprises » au sens des art. 85 et 86 par l'inclusion d'entités privées de personnalité juridique est un phénomène significatif d'un point de vue théorique. Il est l'aboutissement logique d'une évolution de la notion d'entreprise vers une reconnaissance par le droit en tant que concept autonome. Cependant il ne convient pas d'en exagérer l'influence pratique, ni de surestimer les dangers que cet élargissement pourrait faire courir aujourd'hui aux entreprises opérant aux moyens de succursales, départements ou divisions. Ce n'est que dans des *circonstances exceptionnelles* que des unités de décision dépendant juridiquement d'un sujet de droit se verront en fait dotée d'une autonomie suffisante pour pouvoir être considérées comme « entreprise » distincte aux fins de l'application des art. 85 et 86. Mais le caractère exceptionnel de ce phénomène ne dispense pas l'interprète du droit européen de la concurrence d'essayer dès maintenant d'en analyser quelques conséquences possibles.

I. Augmentation des cas de mise en œuvre de l'art. 85.

Suite à une fusion par exemple, les anciennes sociétés transformées en départements ou divisions rattachés à un même sujet de droit peuvent continuer à se comporter de manière indépendante sur le marché, vis-à-vis des tiers ¹²⁴. Si plus tard, spontanément ou sur l'instigation de l'organe

¹²⁴ L'exemple le plus classique est celui des divisions de la General Motors. Parmi celles-ci Pontiac par exemple est une ancienne filiale absorbée en 1956. V. à ce propos l'arrêt de la Cour de Paris du 8 décembre 1962, *D.*, 1936, *J.* 406 ; note H. Desbois, cité par Paillusseau, p. 136. Cf. aussi *infra* p. 229.

de contrôle, les unités de décision décident de concert de se livrer alors à un comportement qui apparaît nettement porter atteinte aux possibilités de concurrence vis-à-vis de tiers, la question d'une mise en œuvre de la règle de concurrence à l'encontre d'un tel comportement va se poser. Face à une seule société, on sera tenté de songer d'abord à l'art. 86. Mais il n'est pas du tout sûr que puisse être établie l'existence d'une position dominante. Or le comportement même manifestement abusif échappe à l'art. 86 s'il n'émane pas d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises en position dominante¹²⁵. Faut-il alors renoncer à l'application des règles de concurrence en songeant que les auteurs du Traité de Rome n'ont prévu aucune possibilité d'intervention contre un tel comportement ?

Il faut se demander si l'on n'est pas en face d'une *lacune* du Traité qui doit être comblée. Doit-on admettre l'impuissance des organes communautaires face à une pratique qui « constitue objectivement un comportement fautif au regard des objectifs fixées par le Traité »¹²⁶. On pourrait songer par exemple à une fusion proprement dite qui laisserait subsister la volonté propre des entreprises dorénavant rattachées à un même sujet de droit. Si la désaffiliation est motivée essentiellement par le souci de faire échapper à l'art. 85 les pratiques restrictives poursuivies sans interruption par ces entreprises, alors elle pourrait apparaître comme une fraude à la loi ou un *abus de droit*¹²⁷. Pourquoi ne pas alors permettre l'application de l'art. 85 à l'encontre des pratiques concertées qui sont le fait

¹²⁵ Dans sa décision *Pittsburgh Corning Europe* du 23 novembre 1972, J.O.C.E., n° L 272/35 du 5.12.1972, la Commission a invoqué l'art. 85 pour infliger une amende de 100.000 u.c. à une société qui par le moyen de pratiques concertées en matière de prix (discount) était parvenue à isoler le marché de sa filiale allemande des marchés belge et hollandais. La Commission songeait d'abord à invoquer l'art. 86 mais a dû y renoncer devant la difficulté à prouver l'existence de la position dominante étant donné les possibilités de substitution des produits en question. Désireuse de mettre fin à tout prix à cet isolement du marché allemand sur lequel les prix de vente étaient de 40 % plus élevés qu'au Benelux, la Commission a alors eu recours à l'art. 85.

Si la société incriminée était parvenue par hypothèse à poursuivre une même pratique en désaffiliant sa filiale allemande et en intégrant juridiquement ses concessionnaires indépendants dans le Benelux, n'aurait-il pas été choquant que dans un tel cas, les autorités communautaires se soient alors trouvées complètement impuissantes ? Si malgré leur intégration juridique, les entreprises distribuant des produits en Allemagne et au Benelux demeurent économiquement indépendantes, elles auraient alors dû continuer à être considérées comme « entreprises » distinctes aux fins de la mise en œuvre de l'art. 85.

¹²⁶ Pour reprendre une expression de la Commission utilisée dans un autre contexte. Mémoire de la Commission, *Le problème de la concentration dans le marché commun*. Etudes, Série concurrence, n° 3, Bruxelles, 1966, p. 25 n° 25. Cf. aussi art. 3 lettre f) du Traité C.E.E.

¹²⁷ Cf. le principe développé en droit fiscal selon lequel les succursales peuvent être traitées comme des filiales lorsque l'usage qui en est fait apparaît motivé principalement par un désir d'évasion fiscale. V. à ce sujet J.J. Magnin, *L'imputation des bénéfices accumulés*. Thèse, Genève, Georg, 1971, pp. 208-215.

d'unités de décision économiquement indépendantes même si dorénavant elles sont juridiquement dépendantes d'un même sujet de droit ?

Actuellement, la condition de l'affectation du commerce intracommunautaire ne serait pas souvent remplie par les pratiques entre entreprises appartenant à une même société. L'art. 85 par. 1 ne s'applique en général que si les deux entreprises se livrant à la pratique concertée ne sont pas situées à l'intérieur d'un même pays membre. Dans le cas contraire, le commerce intracommunautaire ne se trouverait le plus souvent pas affecté¹²⁸. Or dans l'état présent de leur harmonisation, les législations commerciales et fiscales des divers pays membres restreignent encore à divers degrés le droit pour les sociétés étrangères de créer des *établissements sans personnalité juridique* ou n'attribuent certains avantages déterminés qu'aux sociétés nationales¹²⁹. C'est pourquoi durant ces dernières années, les entreprises désireuses de s'implanter à travers le Marché commun ont eu tendance à le faire surtout par le moyen de *filiales*¹³⁰.

A l'avenir, les progrès dans l'harmonisation des législations nationales pourraient permettre à un ensemble économique d'opérer au sein de la Communauté au moyen de succursales ou de divisions juridiquement dépendantes réparties dans les divers pays membres. C'est alors seulement que se poserait concrètement la question de l'avènement d'une « intra corporate conspiracy doctrine » dans le droit européen. On peut le concevoir notamment à l'égard de pratiques faussant la concurrence dans le Marché commun et émanant d'entreprises juridiquement dépendantes d'un même sujet de droit, qui ne seraient pas assez importantes pour occuper une *position dominante*, mais tout de même assez puissantes pour que leurs pratiques aient pour effet de réduire *de façon sensible*¹³¹ la concurrence.

¹²⁸ Cependant, il peut arriver qu'une entente purement nationale, par exemple relative aux prix et conditions de revente de produits importés de pays membres, soit soumise à l'art. 85, puisqu'elle est susceptible de porter atteinte à la mise en place d'un marché unique dans la CEE. V. par ex. Décision *VCH* de la Commission du 16 décembre 1971, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 17 janvier 1972.

Cf. aussi C. Champaud, Note, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 6, 1970, p. 492.

¹²⁹ Dans ce sens N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965, p. 416.

¹³⁰ V. D. Thompson, « Subsidiary Companies and the Right of Establishment in the Common Market », *J. Bus. L.*, 1963, p. 130 ; P. Leleux, « Le droit des sociétés aux Etats-Unis et dans la C.E.E. Perspectives de leur évolution », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 4, 1968, p. 90. Cf. *supra* p. 145 note 93.

¹³¹ Cf. *C.J.C.E. Arrêt Völk c/ Vervaecke*, aff. 5/69, 9 juillet 1969, *Rec.*, 1969, p. 295 et la communication de la Commission consacrée aux accords d'importance mineure, *J.O.C.E.*, n° C 64 du 2 juin 1970, p. 1.

II. *Diminution des cas de mise en œuvre de l'art. 86.*

L'adoption d'une nouvelle notion d'entreprise en droit européen de la concurrence et l'abandon de l'identification « entreprise — sujet de droit » entraîne un déplacement des sujets des règles de concurrence. *En amont* de la société, le groupe de sociétés considéré comme entreprise unique voit désormais ses relations internes échapper à l'art. 85. Par contre, s'il détient une position dominante et en abuse, le groupe peut être soumis à l'art. 86 quand bien même ce n'est pas le même membre du groupe qui détient la position dominante et qui en abuse¹³².

Réciproquement en élargissant le domaine des sujets de droit européen de la concurrence *en aval* de la société, la reconnaissance de l'entreprise comme notion autonome va permettre de nouvelles possibilités d'application de l'art. 85 comme on l'a vu, mais également peut-être restreindre certaines possibilités d'application de l'art. 86. Pour illustrer cette constatation, il faut songer à la situation d'un sujet de droit — personne physique ou morale — possédant plusieurs divisions ou départements dépourvus de personnalité juridique. Ces derniers constitueront chacun une « entreprise » distincte s'ils se comportent de manière indépendante. Le sujet de droit qui est leur propriétaire peut fort bien ne pas exercer lui-même une activité économique réelle. Il ne constituera donc pas lui-même une « entreprise » dans la mesure où l'on rattache cette qualité à l'activité économique déployée en la détachant résolument de la propriété. Dans l'hypothèse où l'une des divisions de ce sujet de droit est une entreprise détenant une *position dominante* sur le Marché commun, et où c'est une autre entreprise dont il est également propriétaire qui commet un acte constitutif d'abus sans détenir à elle seule une position dominante, il n'est pas certain, à la limite, que l'on puisse voir là une possibilité d'application de l'art. 86. En effet, comme cela a été exposé lors de l'examen de la décision *Continental Can*¹³³, l'art. 86 exige *qu'une même entreprise (ou groupe d'entreprises)* occupe la position dominante et en abuse. Or dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, il s'agit d'entreprises différentes, leur seul lien étant qu'elles appartiennent à un même sujet de droit-propriétaire. Par cet exemple, on mesure jusqu'à quelles conséquences pourrait conduire une reconnaissance de l'entreprise en tant que notion originale reposant sur le seul critère de l'activité économique conduite d'une manière indépendante.

¹³² Cf. *supra* pp. 103 ss.

¹³³ Cf. *supra* pp. 103 ss.

§ 3. MOYENS DE PALLIER L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE LA SUCCURSALE, DU DÉPARTEMENT OU DE LA DIVISION.

On doit chercher à compléter¹³⁴ la réponse à l'objection qui surgit devant l'idée d'une « entreprise » au sens des art. 85 et 86 qui ne serait pas dotée d'une personnalité juridique. Comment envisager qu'une succursale, un département ou une division puisse être partie à un accord ou se livrer à une pratique concertée ? Le cas échéant, de quelle manière notifier une décision à une « entreprise » qui ne coïncide pas avec un sujet de droit ? Comment dans un tel cas faire appliquer la sanction prévue par la décision ?

A. *Les conditions d'une participation à un accord ou à une pratique concertée.*

I. *Accord.*

C'est, on l'a vu¹³⁵, avant tout la nécessité d'une pluralité de sujets de droit capables d'être partie à des accords qui peut inciter à vouloir identifier « entreprise » à « sujet de droit ». Il s'agit là d'une des manières de concevoir le problème. Si la majorité de la doctrine¹³⁶ estime que la notion d'« accord » au sens de l'art. 85 vise uniquement les *conventions juridiquement obligatoires*, un point de vue différent peut aussi être soutenu. On doit admettre avec Waelbroeck qu'il n'est pas nécessaire que l'accord crée des obligations juridiques¹³⁷. Il suffit qu'il ait pour effet de limiter la liberté d'action des parties, ou de l'une d'elles, en leur enlevant ainsi la capacité de prendre des décisions de façon autonome. La Commission paraît adopter une position analogue. Elle a eu l'occasion de distinguer l'« accord » au sens de l'art. 85 par. 1, et la « convention » au sens du droit privé qui lui servait de support¹³⁸.

¹³⁴ V. *supra* pp. 180 ss. la réponse proposée pour le cas du groupe de sociétés en tant qu'« entreprise » unique.

¹³⁵ V. *supra* pp. 58-61.

¹³⁶ V. les références citées par M. Waelbroeck, in J. Megret et alii : *Le droit de la CEE*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972, vol. 4, p. 6 n° 6, et cf. *supra* p. 59 note 60.

¹³⁷ « Une contrainte économique ou morale, indépendante de toute obligation juridique, est suffisante. » Waelbroeck, p. 6 n° 6.

¹³⁸ V. Décision *Cobelaz-Usines de synthèse* du 6 novembre 1968, J.O.C.E., n° L 276 du 14 novembre 1968, p. 13 et Décision *Entente internationale de la quinine* du 16 juillet 1969, J.O.C.E., n° L 192 du 5 août 1969, p. 5, cit. et com. par Waelbroeck, p. 7 n° 6.

Il est peut-être permis d'aller plus loin sur cette voie. Le détachement du terme « accord » contenu dans la règle de concurrence par rapport au même terme au sens du droit civil porterait alors non seulement sur la *forme de la contrainte* que ces deux notions impliquent mais aussi sur la *nature des parties* éventuelles à l'accord. Ainsi seuls des sujets de droit pourraient être liés par une convention juridiquement obligatoire. Par contre, on pourrait parfaitement admettre qu'un département, voire une succursale, exploité d'une manière autonome¹³⁹, soit partie à un « accord », au sens de l'art. 85 par. 1, qui restreigne sa liberté d'action en matière de concurrence et lui impose « une contrainte économique ou morale » et non juridique. Les aléas de l'organisation et du fonctionnement des grands ensembles économique peuvent donner lieu à de telles situations.

Cette extension de la notion d'entente peut être exclue car aucune disposition communautaire n'impose aux ententes de réunir les conditions qui donnent aux « contrats » du droit civil leur structure fondamentale. On doit donc approuver Guyenot lorsqu'il remarque à propos de l'« accord » en droit de la concurrence :

« le consentement, la *capacité*, l'objet, la cause qui sont considérés comme les éléments essentiels de formation des contrats ne sont point visés. »¹⁴⁰

II. *Pratique concertée.*

Pour une partie importante de la doctrine, l'« accord » au sens de l'art. 85 s'identifie à la notion de *contrat du droit civil*. Dès lors, si une succursale ou une division passe un accord, celui-ci est nécessairement conclu au nom de la société propriétaire de l'établissement considéré. Selon un tel point de vue, un « accord » visé par la règle de concurrence ne pourrait donc prendre naissance qu'entre deux sujets de droit.

Le problème se pose-t-il dans les mêmes termes en ce qui concerne la « *pratique concertée* », autre forme d'entente visée par l'art. 85 ? Certains

¹³⁹ Réciproquement, une partie de la doctrine estime que si une filiale est totalement privée d'autonomie, elle n'est même pas capable de passer un accord au sens des règles de concurrence. Cf. la citation de Langen, *supra* p. 94 note 28.

¹⁴⁰ J. Guyenot, *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun*. Paris, L.G.D.J., 1971, p. 78 n° 53 en donne l'explication suivante : « L'objet du droit communautaire n'est pas d'élaborer des règles de fond relatives à la structure des ententes, mais de forger les règles nécessaires à la réalisation des objectifs économiques, politiques et sociaux de la communauté, si bien qu'il peut s'accommoder aisément des créations de la pratique, sans requérir leur conformité à des exigences intrinsèques. Tout un versant du droit contractuel lui est étranger ou lui paraît indifférent. » (C'est nous qui soulignons.)

le pensent en estimant que la pratique concertée suppose en réalité un « accord » au sens du droit civil en même temps qu'elle le révèle. Aussi le directeur d'un département se livrant à une pratique concertée le ferait en qualité de préposé de la personne morale propriétaire de l'établissement¹⁴¹. D'après cette thèse, il ne convient pas d'exagérer la portée de la décision du législateur de mentionner séparément le cas de la pratique concertée de celui de l'accord dans le texte des art. 65 CECA et 85 CEE. Cette double mention aurait pour seul objet d'empêcher que les entreprises ne tournent les règles de concurrence en s'abstenant de laisser la moindre trace d'un accord, qui ne s'en trouve pas moins nécessairement à l'origine de leur comportement¹⁴². En conséquence, si l'on exige la présence d'une pluralité de sujets de droit pour donner naissance à un accord, une même exigence s'imposerait à l'égard de toute possibilité de pratiques concertées.

Il nous apparaît plutôt que la notion de « pratique concertée », bien différente à ce titre de celle d'accord, éloigne clairement le concept de l'entente de l'exigence d'une pluralité de sujets de droit. Il n'est certes pas douteux que le terme d'« accord » contenu dans l'art. 85 appelle en principe¹⁴³ la rencontre de deux personnalités juridiques. Il faut un effort d'imagination important pour la dissocier de la notion de « contrat » propre au droit civil et l'on subit à son propos l'influence des modes d'interprétation propre à cette branche du droit.

En revanche, il en va tout autrement pour des notions telles que « pratique concertée », « conspiracy », « gentlemen's agreement » ou « conscious parallelism ». Celles-ci ont été créées et développées par le droit antitrust. C'est donc, pourrait-on dire, selon les critères propres à cette discipline et sans se référer aux raisonnements traditionnels du droit civil qu'il convient de les interpréter. Même Deringer, qui exclut la possibilité d'un « accord » en l'absence de deux sujets de droit, reconnaît la possibilité pour un établissement juridiquement dépendant de se livrer à une pratique concertée dans la mesure où la direction de la société dont il dépend lui accorde :

« la possibilité de prendre des décisions indépendantes dans un domaine déterminé. »¹⁴⁴

¹⁴¹ Dans ce sens B. Goldman, *Cours de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés Européennes*. Paris, les Cours de droit 1965-1966, p. 317.

¹⁴² Dans ce sens Goldman, *Droit commercial européen*, p. 281 n° 259, à propos de la décision *Matières colorantes* de la Commission, 24 juillet 1969, J.O.C.E., n° L 195, 7 août 1969.

¹⁴³ Cf. toutefois *supra* p. 203.

¹⁴⁴ A. Deringer, *Rev. M.C.*, 1963, p. 39.

Il est vrai que pour la mise en œuvre de l'art. 85, il est en définitive nécessaire que plusieurs entreprises tombent d'accord au sujet d'un certain comportement violant la règle de concurrence. Il faut que les entreprises coopèrent dans ce but ¹⁴⁵. Cela suppose sans doute la présence d'au moins *deux volontés* libres. Mais la volonté autonome n'est pas révélée nécessairement ni uniquement par un sujet de droit. L'étude des conditions réelles du fonctionnement des opérateurs économiques fait ressortir que certains départements peuvent en fait disposer de cette volonté. Il leur est dès lors loisible d'en faire usage pour se livrer à des pratiques concertées, avec d'autres entreprises, en tant que sujets distincts du droit européen de la concurrence.

B. Causalité et imputabilité : auteur matériel d'une action et sujet formel d'une sanction.

Si la succursale, le département ou la division économiquement indépendants peuvent être considérés comme « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence, comment envisager l'application d'une *sanction* éventuelle à l'égard de telles « entreprises » qui n'ont pas un sujet de droit comme support juridique avec lequel on peut les identifier ? En l'absence d'une personnalité juridique traditionnelle conférée à l'entreprise pour elle-même, il faut envisager un procédé juridique permettant de pallier cette insuffisance de personnification de l'entreprise sur le plan formel. Il est peut-être possible d'y parvenir par le biais d'une dissociation entre deux aspects de la qualité d'« entreprise » au sens des articles 85 et 86 ¹⁴⁶.

Il faut d'abord appréhender l'« entreprise » en tant qu'origine et auteur *matériel* d'une certaine action. Une succursale ou une division peut ainsi apparaître sur le plan technique ¹⁴⁷ et économique comme participant à

¹⁴⁵ La Cour de Justice, dans ses arrêts rendus le 14 juillet 1972 dans l'affaire *Matières colorantes*, v. *supra* p. 126 note 32, a apporté des clarifications importantes sur ce qui constitue une coopération interdite. Pour la Cour, il est loisible aux entreprises de modifier librement leurs prix *en tenant compte à cet effet* du comportement, actuel ou prévisible, de ses concurrents. En revanche, il est contraire aux règles de concurrence du Traité qu'un producteur *coopère* avec ses concurrents, de quelque manière que ce soit, pour déterminer une ligne d'action coordonnée relative à une hausse de prix.

¹⁴⁶ A plusieurs reprises, on a déjà eu l'occasion de tenir compte de ces deux aspects à propos de l'entreprise unique formée par le groupe de sociétés. V. *supra* pp. 110-114 et 180-184.

¹⁴⁷ Evoquant la doctrine de l'« intra corporate conspiracy », Brennan, p. 1011, se place sur le même plan pour relever que plusieurs sujets du droit de la concurrence peuvent parfois dépendre d'un même sujet de droit : « ... there is usually little difficulty in finding the *technical parties* to a conspiracy except when a single natural person is involved. Legal units do not coincide with economic units and the single-trader may conspire with itself. » (C'est nous qui soulignons.)

une pratique concertée visée par l'art. 85. A ce titre et bien que privée de personnalité juridique, elle doit être considérée comme une « entreprise » si un *lien de causalité matériel et objectif* la relie à un certain résultat jugé contraire aux règles de concurrence. Si tel est bien le cas, alors il faut aborder le second aspect de la mise en œuvre de la règle de concurrence, soit la détermination du sujet de droit traditionnel auquel la violation de la règle de concurrence va être *imputée*. Puisque l'auteur matériel de la violation n'est pas doté d'une personnalité juridique pour lui-même, l'on est obligé de pallier cette absence en attribuant au sujet de droit propriétaire la *responsabilité* d'actes qui n'ont pas été commis par lui-même mais par une entreprise dont il est propriétaire du patrimoine ¹⁴⁸.

Il faut mettre en parallèle cette situation avec celle d'un groupe de sociétés dont les membres sont privés de toute autonomie économique. Ces deux situations représentent exactement l'inverse l'une de l'autre. Dans le premier cas, la structure *formelle* donne l'apparence d'une unité puisque l'on est en présence d'une seule société. Sur le fond, c'est-à-dire la réalité économique qui donne au droit antitrust sa justification, on est en présence d'une pluralité d'entreprises dans la mesure où chaque division se comporte sur le marché comme opérateur indépendant. Dans le second cas, il y a apparence d'une pluralité d'entreprises puisqu'il est possible de présumer que chaque membre du groupe, doté d'une personnalité juridique propre, constitue une entreprise distincte. Cependant, l'étude des possibilités réelles d'action des filiales révèle qu'aucune indépendance économique ne se superpose à l'indépendance juridique. Toutes les décisions prises par les filiales dans les domaines intéressant la concurrence le sont sur instructions impératives de la direction centrale du groupe. Dès lors il faut considérer que sur *le fond du droit* ¹⁴⁹, le groupe constitue une « entreprise » unique aux fins de l'application des art. 85 et 86.

Le département ou la division réellement indépendants sur le plan économique seront considérés comme « entreprise » car le droit de la concurrence doit se baser sur le fond du droit pour identifier ses sujets. Leur

¹⁴⁸ Dans l'arrêt *Hawaiian Oke*, le tribunal de district avait distingué la détermination, d'une part des conditions de réalisation de l'infraction pour lesquelles les divisions apparaissent comme sujettes distinctes du droit antitrust, et d'autre part du destinataire de l'arrêt qui ne pouvaient être que la société exploitant les divisions. V. citation originale *supra* p. 194 note 107.

¹⁴⁹ Le propos suivant de Rousseau dans un commentaire d'une décision française consacrant l'unité du groupe de sociétés en droit commercial peut aussi s'appliquer au droit de la concurrence : « Pour tout ce qui concerne le fond du droit, on ne pourra jamais faire abstraction de cette unité profonde. Pour les formes de procédure, au contraire, on devra tenir compte de l'existence de deux sociétés en apparence distinctes. » Req. 20 novembre 1922, S., 1926, 1, 305, Note Rousseau. (C'est nous qui soulignons), cit. par Despax, p. 161.

prise en considération en tant qu'« entreprise » n'est pas remise en question pour le motif que les effets de la violation des règles de concurrence vont se faire sentir au niveau du sujet de droit qui est propriétaire de ces entités économiques. Dans d'autres branches du droit, il est aussi certaines situations dans lesquelles un acte commis par une personne juridique produit des effets non pas chez l'auteur de cet acte mais chez une autre personne qui en est responsable à un titre ou à un autre¹⁵⁰. On ne songe cependant pas à nier à l'auteur de l'acte la qualité de sujet de droit. Il apparaîtra chaque fois comme l'auteur matériel même si les conséquences juridiques de ses actes pourront se manifester à travers un autre sujet de droit.

¹⁵⁰ Il faut penser par exemple à certains cas de responsabilité dérivée. Ainsi le détenteur de la puissance paternelle peut être amené, selon les circonstances, à répondre du dommage causé par un mineur. On peut songer aussi à la responsabilité « objective » de l'entrepreneur pour les actes de ses employés, conformément au principe voulant que celui qui tire avantage et profit d'une activité en supporte aussi tous les risques et conséquences.

CHAPITRE VI

CONSÉQUENCE POUR LE STATUT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE : VERS L'OCTROI D'UNE PERSONNALITÉ LIMITÉE

Certaines entités privées de personnalité juridique mais constituant des entreprises du point de vue économique ont vu le droit prendre en considération *leur capacité d'opérateur économique autonome* pour leur attribuer la qualité d'« entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence. Cet élargissement du domaine des « entreprises » visées par les art. 85 et 86 constitue, on l'a vu, une *première manifestation* de la reconnaissance de l'entreprise comme notion originale.

Il s'agit maintenant de mesurer la contribution du droit européen de la concurrence en vue de l'élaboration d'un statut juridique de l'entreprise. On montrera d'abord quel est le *contenu* de la nouvelle notion d'entreprise créée dans la mise en œuvre des art. 85 et 86 et on en proposera une *définition* originale. La recherche d'une définition générale de l'entreprise, objet ultime et encore lointain de toute étude sur l'entreprise, postule au premier chef une connaissance du contenu de la notion dans les diverses branches du droit (section I).

Il faudra ensuite aborder la question de la *forme juridique* sous laquelle l'entreprise pourrait devenir *sujet* de droit et n'être plus seulement *objet* de droit¹. On examinera dans quelle mesure le droit européen de la concurrence peut conférer une personnalité juridique à l'entreprise, indépendamment de l'évolution suivie par cette dernière dans d'autres branches du droit. En attendant la construction d'une notion globale d'entreprise, une solution moyenne et transitoire paraît s'imposer, celle d'une reconnaissance limitée aux seules fins de la mise en œuvre des art. 85 et 86 (section II).

¹ Cf. R. Patry, « L'évolution de la notion juridique de l'entreprise commerciale », in *Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis*. Tome I, Athènes, 1972, p. 168.

SECTION PREMIÈRE

CONTENU D'UNE NOTION D'ENTREPRISE ORIGINALE
EN DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE§ 1. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA NOTION ÉCONOMIQUE D'ENTREPRISE
ET LEUR IMPORTANCE RESPECTIVE.A. *Démarche suivie.*

Sur la base de l'évolution présentement en cours et dans l'optique de son aboutissement logique, on doit chercher à approfondir le contenu de la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence. Fondamentalement, il s'agit d'une notion originale construite à partir des données réelles. Le terme « entreprise » n'est plus une simple étiquette apposée sur la personne juridique du propriétaire de l'entreprise². Il devient donc nécessaire de partir de la notion économique pour déceler dans quelle mesure celle-ci est captée et adaptée en vue de la mise en œuvre de normes juridiques.

Plutôt que de se livrer à une fastidieuse description de tous les éléments entrant dans cette nouvelle notion, on tiendra compte des constatations des économistes et des sociologues. Cela permet d'adopter comme hypothèse de travail que l'entreprise contient trois éléments constitutifs fondamentaux³ : une *activité économique*, un *patrimoine* et un *gouvernement* ou direction. La présence de tous ces éléments donne lieu à l'existence d'une entreprise. Chacun d'entre eux se retrouve en principe dans toute notion d'entreprise. Ces éléments constitutifs fondamentaux doivent donc coexister au sein de la notion qui s'élabore en droit européen de la concurrence puisqu'il s'agit d'une notion autonome, l'entreprise n'étant en principe plus cachée par la propriété.

Toutefois chaque branche du droit tend à attribuer une importance variable à l'un ou l'autre de ces éléments. Ils constituent chacun des critères de base d'une portée générale. Il faut en tenir compte en tant qu'éléments de référence à partir desquels on va faire ressortir les éléments et critères originaux qui révèlent la présence d'une entreprise dans

² Cf. *supra* p. 38.

³ Pour leur description, v. *supra* pp. 13-15.

une discipline donnée⁴. Ce qui nous intéresse, ce n'est pas tellement de détailler les divers éléments constitutifs de l'« entreprise » sujette des art. 85 et 86 mais plutôt de faire ressortir son ou ses éléments les plus *caractéristiques*. Ceux dont la présence permet de distinguer la notion d'entreprise élaborée au sein d'une branche donnée du droit, de celle adoptée par d'autres branches ou disciplines. Cet effort de recherche a un double but. Dans l'immédiat, il va faire apparaître les matériaux principaux dont on va avoir besoin pour forger une définition de l'entreprise valable pour l'application des art. 85 et 86⁵. A plus long terme, il élargit la vue qui s'offre à nous du phénomène général de l'entreprise. Concrètement, la connaissance de critères particuliers révélant l'entreprise dans une certaine branche du droit apporte une contribution à un travail de synthèse. Celui qui pourrait conduire un jour à *la recherche d'une définition générale applicable dans toutes les disciplines du droit*. Pour cette dernière tâche, qui se situe bien au-delà du cadre de la présente étude⁶, il faut d'abord prendre connaissance de tous les éléments constitutifs des notions particulières d'entreprise. Puis, éliminant ceux dont le caractère apparaît trop spécifique ou incident pour être retenu dans une définition globale, grouper les éléments essentiels et les intégrer dans la construction d'un statut juridique de l'entreprise.

B. *Importance respective des trois éléments constitutifs : activité économique ; patrimoine ; direction.*

I. *L'activité économique* constitue un élément très important de la notion d'entreprise en général⁷. Son rôle comme critère de l'entreprise est aussi souligné dans la jurisprudence et la doctrine relative aux art. 85 et 86⁸. Il faut toutefois constater que dans la mise en œuvre effective des règles de concurrence, on n'attache généralement pas une importance essentielle à la qualité de l'activité économique de l'entreprise. Il ne s'agit pas d'un élément constitutif dont l'importance serait plus grande dans le droit européen de la concurrence que dans d'autres branches du droit recourant à la notion d'entreprise. Sur le terrain d'étude qui a été choisi pour analyser l'entreprise, l'activité économique n'apparaît donc pas comme élément caractérisant le plus nettement cette notion.

⁴ Sur les rapports entre l'évolution vers la reconnaissance de l'entreprise dans diverses branches du droit et la construction d'une notion globale valable pour l'ensemble du droit, v. *infra* pp. 241-248.

⁵ Sur cette définition v. *infra* p. 233.

⁶ Cf. *supra* p. 3.

⁷ Cf. *supra* pp. 13-14.

⁸ V. *supra* pp. 52-57.

II. *Le patrimoine* n'est pas non plus l'élément qui permet de distinguer l'entreprise en tant que sujet du droit européen de la concurrence. Sans doute, une tendance se fait jour qui vise à reconnaître l'unité patrimoniale des entités économiques nouvelles considérées comme « entreprise ». Le groupe de sociétés⁹ comme le département¹⁰, voire la succursale, constituent souvent une entité patrimoniale de fait si ce n'est de droit. Toutefois cet élément constitutif de l'entreprise n'apparaît pas non plus au premier plan lors de l'application des règles de concurrence¹¹. La propension d'un établissement juridiquement dépendant à constituer un opérateur autonome sur le marché, susceptible d'affecter par lui-même les conditions de la concurrence, n'est pas nécessairement fonction de l'ampleur de l'affectation patrimoniale dont il est l'objet de la part de son propriétaire — sujet de droit. Un ensemble de biens corporels et incorporels représentant un patrimoine est sans doute un élément nécessaire à l'entreprise. Cet ensemble de biens doit tendre à devenir une *universalité* jouissant d'une certaine indépendance par rapport aux autres éléments du patrimoine du propriétaire de l'entreprise. Toutefois, ce n'est pas cet élément qui caractérise essentiellement l'« entreprise » aux fins de l'application des art. 85 et 86.

III. C'est plutôt dans le troisième élément constitutif soit *le gouvernement* ou *la direction* que l'on découvre ce qui en définitive révèle le sujet autonome des règles de concurrence. L'indépendance économique à laquelle il a si souvent été fait référence est la marque d'une « entreprise » distincte. Or cette indépendance se manifeste à travers une politique de l'entreprise élaborée et conduite par ses dirigeants, soit par son *gouvernement*. C'est donc en approfondissant cet aspect de l'entreprise que l'on peut espérer construire une définition correspondant aux besoins des règles de concurrence du Traité CEE.

⁹ Pour ne pas allonger l'exposé, on s'abstiendra d'insister sur cet aspect. Il ressort nettement des diverses études consacrées aux groupes. V. notamment A. Petitpierre-Sauvain, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genève, Georg, 1972, pp. 107-148 (Études suisses de droit européen, vol. 7). L'auteur observe notamment p. 147 : « ... une forme de confusion patrimoniale est inhérente au système du groupe. »

¹⁰ Sur les observations de Paillusseau considérant le département comme « une unité patrimoniale homogène et individualisée », v. *supra* p. 191.

¹¹ En revanche, cet élément peut jouer un rôle capital dans la notion d'entreprise en droit fiscal. On sait que les biens faisant partie du patrimoine de l'entreprise sont parfois soumis à un régime qui diffère de celui des biens faisant partie du patrimoine privé de l'entrepreneur.

V. par exemple en droit fiscal suisse l'art. 21 alinéa 1 litt. d IDN et l'Arrêt du Tribunal fédéral suisse, chambre de droit administratif, du 23 mai 1969, *Pictet c/ Adm. féd. contr.*, ATF, 95, pp. 169 ss. ou S.J., 1970, pp. 295 ss., notamment 297, cité par Patry, p. 173.

§ 2. LE RÔLE DU GOUVERNEMENT COMME ÉLÉMENT CONSTITUTIF FONDAMENTAL DE L'ENTREPRISE EN TANT QUE SUJET DES RÈGLES DE CONCURRENCE.

L'élément ou critère principal d'une certaine notion d'entreprise dépend de la finalité en vue de laquelle la notion est construite. Ainsi en *droit fiscal* pour l'imposition de ses biens et de sa fortune, l'entreprise apparaîtra comme un *patrimoine* qui peut être taxé selon un régime différent de celui des autres biens de son propriétaire¹². Dans un domaine para-fiscal, lors de l'application d'un mécanisme de péréquation de la ferraille au sein de la CECA¹³, il s'agissait de trouver un critère simple et sûr pour la détermination de sujets auxquels incombait des charges de droit public¹⁴. On s'est donc basé sur le critère du *sujet de droit* propriétaire de l'entreprise et ces deux notions ont été identifiées.

En *droit du travail* et en *droit social*, la reconnaissance de l'entreprise a pour but la prise en considération du rôle qu'y jouent les travailleurs et le personnel, en vue de veiller à la défense de leurs intérêts. Les contrats ne sont plus uniquement envisagés entre le propriétaire de l'entreprise et chacun des employés mais le droit du travail se préoccupe toujours davantage, sur un plan collectif, des rapports sociaux au sein de l'entreprise. C'est aussi dans cette perspective que s'inscrivent les principes de cogestion, de participation et d'intéressement du travailleur. Lorsqu'elle est considérée comme *communauté de travail*, l'élément constitutif caractéristique de l'entreprise est l'élément *humain*, soit l'ensemble de son *personnel*.

A. Rôle de son gouvernement dans les possibilités de comportement de l'entreprise en matière de concurrence.

Le droit de la concurrence place au premier plan, parmi les éléments constitutifs, le *gouvernement* de l'entreprise. A certains égards, on doit aussi le qualifier d'élément humain puisque l'on vise par là l'ensemble des dirigeants de l'entreprise. Il s'agit des personnes qui élaborent et conduisent sa politique et déterminent par conséquent son comportement. Celui-

¹² Cf. *supra* p. 211 note 11.

¹³ Cf. les extraits des arrêts de la C.J.C.E. cités *supra* pp. 34-35.

¹⁴ Dans l'arrêt cité *supra* p. 120, l'Avocat général explique les raisons pour lesquelles la Cour n'avait pas en l'occurrence à choisir un critère de l'entreprise qui reflète son rôle économique propre, soit celui d'opérateur sur un marché : « La Cour ... a axé son raisonnement sur l'idée que c'est la consommation de ferraille, et non la participation au marché de la ferraille, qui donne lieu au prélèvement de péréquation. »

ci se manifeste d'abord à l'intérieur de l'entreprise, vis-à-vis de ses divers composants. Il s'exprime aussi à l'égard des tiers (concurrents, fournisseurs, créanciers, Etat, etc.) à l'extérieur de l'entreprise en définissant notamment l'une de ses fonctions fondamentales, celle d'opérateur économique sur un ou plusieurs marchés.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, à la limite, une seule personne peut cumuler la fonction de dirigeant et celle d'exécutant. L'élément personnel et humain s'identifie dans la personne du chef d'entreprise. Un tel cas est de plus en plus rare. En général, on se trouve en présence de deux groupes : en premier lieu, l'ensemble des exécutants — employés et ouvriers — qui appliquent une certaine politique de l'entreprise. En second lieu, le gouvernement ou la direction de l'entreprise qui élabore cette politique et veille à son exécution. Bloch-Lainé distingue ainsi dans l'entreprise la *hiérarchie* et le *pouvoir*¹⁵.

Essentiel en droit social, le rôle du personnel n'est pas déterminant dans la fonction d'opérateur économique de l'entreprise sur un ou plusieurs marchés. Certes la complexité de l'élaboration et de la prise de décisions, particulièrement dans la grande entreprise, conduit sans doute à un accroissement du nombre des personnes qui participent à ce processus¹⁶. Il est vrai que des représentants des travailleurs sont de plus en plus appelés par des règles du droit des sociétés et du droit social à faire partie de certains organes de décision au sein de l'entreprise. Cependant il semble bien que dans la mesure où ils participent effectivement aux décisions importantes, ils le font alors comme membres du gouvernement de l'entreprise plutôt que comme représentants du personnel. On sait le pouvoir d'assimilation que possèdent les organes de commandement dans les entreprises modernes. D'ailleurs s'il est important à l'intérieur de l'entreprise dans toutes les questions sociales, le rôle des représentants des travailleurs est modeste en ce qui concerne ses relations extérieures, notamment en matière de concurrence. L'autonomie de l'entreprise dans ce domaine se manifeste par la politique élaborée et menée par ses dirigeants¹⁷. Envisagée du seul point de vue de sa politique commerciale et

¹⁵ V. citation *supra* p. 15 note 16.

¹⁶ P. de Woot, *Pour une doctrine de l'entreprise*. Paris, Seuil, 1968, p. 104.

¹⁷ Cette affirmation est confirmée par l'observation suivante d'un sociologue. A. Touraine, « Rationalité et politique dans l'entreprise », in *L'entreprise et l'économie du XX^e siècle*, Paris, P.U.F., t. 2, 1966, p. 543, montre bien les limites de toute répartition du pouvoir au sein de l'entreprise : « Que la direction de l'entreprise soit autocratique, paternaliste ou constitutionnelle, pour reprendre les trois premiers types de la classification de Harbison et Myers ou qu'elle laisse une certaine place à la participation des salariés, comme dans leur dernier type, il est clair qu'en parlant de la politique des entreprises on désigne l'action de ses dirigeants, que ceux-ci se situent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'organisation. »

de concurrence, on pourrait dire à la limite que *l'entreprise s'identifie à son gouvernement*.

Si l'on se trouve face à une entité économique qui dispose d'un pouvoir de décision autonome dans les domaines intéressant la concurrence¹⁸, alors il s'agit d'une « entreprise » au sens des art. 85 et 86 quelle que soit sa forme juridique, même si elle n'est pas dotée d'une personnalité morale. En revanche si un tel pouvoir fait défaut, qu'il soit placé en aval parmi d'autres unités de décisions ou en amont aux mains d'une unité centralisée de contrôle, alors on n'est pas en présence d'une « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence. Dans les deux hypothèses, le pouvoir est l'apanage du gouvernement. C'est donc lui qui constitue l'élément constitutif caractéristique de l'entreprise.

B. *La nature du gouvernement de l'entreprise : Le pouvoir interne (technostructure) et externe (propriétaire).*

En quoi consiste le gouvernement de l'entreprise ? Il n'est plus aujourd'hui nécessairement question d'un pouvoir identifiable à l'aide de notions traditionnelles du droit des sociétés, telles que direction, conseil d'administration, administrateur-délégué ou président-directeur général. Sans doute une telle identification reste-t-elle souvent possible. Il se peut qu'à une entreprise unique corresponde une seule et même société et qu'un même pouvoir règne sur ces deux entités. Ainsi Paillusseau a fort bien montré que la *société anonyme* constitue l'une des formes possibles d'organisation de l'entreprise. Cependant, il insiste lui-même sur les différences entre ces deux notions qui sont loin de toujours se recouper¹⁹.

Dans beaucoup de cas, et probablement pour la majorité des grands ensembles économiques, le gouvernement *réel* de l'entreprise est organisé selon des mécanismes qui échappent aux règles du droit des sociétés. L'étude de l'organisation et de la gestion de ce que l'on appelle communément les *entreprises multinationales*²⁰ est pleine d'enseignement à cet

¹⁸ On abordera plus loin les problèmes délicats que soulève le fait qu'un tel pouvoir a pu être octroyé provisoirement (v. *infra* p. 250) ainsi que la définition des domaines de décision devant nécessairement être laissés à son gouvernement pour qu'on soit en présence d'une entreprise distincte (v. *infra* p. 254).

¹⁹ J. Paillusseau, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*. Paris, Sirey, 1967, p. 102.

²⁰ Sur la définition de l'*entreprise multinationale*, on pourra se référer notamment à S. Hymér, « La grande 'corporation' multinationale », *Revue économique*, 1968, pp. 949-972, qui y rattache les expressions suivantes : « investissement direct, International Business, International Firm, International Corporate Group,

égard. Elle montre qu'au sein de la grande entreprise coexistent deux *structures* ou *hiérarchies parallèles* ²¹. La *structure juridique* (« statutory ») n'a d'existence propre que sur le plan formel. Son but principal est de remplir certaines conditions posées par les législations locales en matière de droit des sociétés tout en tirant parti de tous les avantages d'ordre fiscal qu'offre le jeu de la multiplicité des personnes juridiques. La *structure fonctionnelle* définit les responsabilités et les fonctions du personnel dirigeant. Elle règle aussi l'organisation des pouvoirs réels répartis entre l'unité de contrôle et les diverses unités de décision.

Deux pouvoirs peuvent donc influencer sur le comportement de l'entreprise. Un pouvoir qui lui est *extérieur*. Il s'agit du pouvoir que la propriété du patrimoine de l'entreprise peut conférer au *propriétaire*, apporteur des capitaux et actionnaire. C'est à travers les organes du droit des sociétés que ce pouvoir se manifeste à l'intérieur d'une *structure juridique*.

Un second pouvoir se développe, lui à l'intérieur de l'entreprise. Se rattachant à la *structure fonctionnelle*, il tend à se détacher du premier pour constituer le gouvernement réel de l'entreprise ²². C'est le développement des grandes entreprises et la complexité des décisions que réclame leur exploitation qui ont conduit à la formation puis à la croissance de ce nouveau pouvoir. Le gouvernement de l'entreprise s'apparente à ce que Galbraith nomme la « *technostructure* » ²³. Ce terme vise tous ceux qui apportent des connaissances spécialisées, du talent ou de l'expérience, au groupe de prise de décision. Le terme de « management » désigne assez bien cette nouvelle classe de dirigeants qui tendent à devenir les véritables

Multinational Firm, Multinational Enterprise, Multinational Corporation, Multinational Family Group, World Wide Enterprise, grande entreprise plurinationale, grande entreprise multinationale, grande unité interterritoriale, grande unité pluriterritoriale... »

V. aussi D.F. Vagts, « The Multinational Enterprise : A New Challenge for Transnational Law », *Harv. L. Rev.*, vol. 83, 1970, pp. 739-792 ; C.P. Kindleberger, *American Business Abroad*. New Haven/London, Yale University Press, 1969, pp. 179-185 ; R. Vernon, « Economic Sovereignty at Bay », *Foreign Affairs*, oct. 1968, p. 114 ; J.H. von Brunn, « Zur Problematik des Multinationalen Unternehmens », *W.u.W.*, 1969, pp. 531-539 ; S.E. Rolfe, *Les sociétés internationales*. Rapport de base au XXII^e Congrès de la Chambre de commerce internationale à Istanbul. Paris, C.C.I., 1969, 226 p.

²¹ V. sur ce point J.G. McDonald, « L'Entreprise mondiale, organisation d'un type nouveau », *Management International*, 1961, n° 5/6, p. 28, et Vagts, p. 743.

²² F. Hetman, *L'Europe de l'abondance*. Paris, Fayard, 1967, p. 256 souligne ainsi son importance : « Ces brain-trusts, ces dirigeants ou 'managers' constituent — en fonction même du rôle 'institutionnalisé' des entreprises dans la vie économique et politique — un élément important du 'pouvoir actif', ce pouvoir qui, bien que non formalisé par les règles constitutionnelles, exerce une action souvent plus réelle que les institutions consacrées. » (C'est nous qui soulignons.)

²³ J.K. Galbraith, *The New Industrial State*. London, Hamish Hamilton, 1967, pp. 60-71.

*maîtres de l'entreprise*²⁴. Certes, théoriquement le propriétaire-entrepreneur — soit en général l'ensemble des détenteurs des actions d'une société mère — peut exercer son pouvoir sur l'entreprise par le truchement de son conseil d'administration. C'est en effet ce dernier qui en définitive est maître du choix des principaux directeurs de la société, propriétaire de l'entreprise. Formellement il n'existe dans l'entreprise, en dehors des règles propres au droit social, d'autre pouvoir que celui de son propriétaire exercé soit directement soit en général par personne interposée.

Pour plusieurs motifs dont on ne fera que mentionner les principaux, la réalité se révèle différente. Le véritable gouvernement de l'entreprise, celui détenu par les « managers », est un pouvoir original et autonome sur lequel l'influence des propriétaires de l'entreprise tend à diminuer. On doit à ce propos rappeler d'abord le déplacement du pouvoir dans la société anonyme²⁵. Le déclin du rôle des actionnaires a été souvent relevé²⁶. En outre dans les grands groupes multinationaux, on assiste à une diminution du rôle²⁷ et des prérogatives réelles des conseils d'adminis-

²⁴ Cette évolution est soulignée entre autres par R. Henrion, « La structure juridique de l'entreprise et le rôle de son personnel », *Travaux et Conférences, Université Libre de Bruxelles, Faculté de droit*, T. IV, Bruxelles, Larcier, 1957, pp. 40-41 ; G. Mathieu, *Vocabulaire de l'économie*, Paris, Ed. universitaire, 1970, p. 112, Rubrique « Entreprise » ; de Woot, p. 110.

Le rôle croissant des « managers » professionnels par rapport aux propriétaires trouve son équivalent dans les entreprises et administrations publiques avec une influence souvent prépondérante des « technocrates » par rapport aux « politiques ». V. sur ce point B. de Jouvenel, « Du pouvoir actif », *Bulletin S.E.D.E.I.S., Futuribles*, n° 916, Suppl. 10 avril 1965, p. 22.

²⁵ Sur l'ensemble du problème v. Paillusseau, pp. 143-248, 2^e partie: « L'adaptation de l'organisation du pouvoir dans la société anonyme à la pratique de la gestion des entreprises. »

Sur la conception contractuelle et organique de la société et ses conséquences sur le pouvoir, v. J.G. Renauld, « Réflexions sur l'évolution du droit des sociétés anonymes dans le Marché commun », *Rev. prat.*, 1967, pp. 141 ss.

Pour une étude approfondie du droit américain avec plusieurs références de droit comparé, v. M.A. Eisenberg, « The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking », *Calif. L. Rev.*, vol. 57, 1969, pp. 1-181.

Pour un point de vue économique et statistique du problème du contrôle et du pouvoir dans la grande entreprise américaine, v. R.J. Lerner, « Ownership and Control in the 200 Largest Nonfinancial Corporations 1929 and 1963 », *Am. Econ. Rev.*, 1966, pp. 777-787 et J.M. Chevalier, « The Problem of Control in Large American Corporation », *Antitrust Bull.*, vol. 14, 1969, pp. 163-180.

²⁶ V. Paillusseau, pp. 239-245 ; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Paris, Sirey, 1962, p. 855 ; Eisenberg, pp. 6 et 23 note 50 ; Galbraith, pp. 77-80 ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1946, pp. 87-105, qui dénonce « la grande illusion des actionnaires ».

²⁷ Comme le relève Champaud, pp. 276-278, spéc. n° 370, ce déclin du rôle des organes sociaux est lié à la dégénérescence de la notion d'intérêt social, celle-ci étant elle-même causée par l'unité de direction économique des groupes de sociétés.

tration²⁸ au profit soit de comités ad hoc non institutionnalisés²⁹, soit de l'influence personnelle de certains dirigeants³⁰ appartenant à la technostructure. Des facteurs techniques sont notamment à la base de cette évolution. La complexité des décisions à prendre au sein de la grande entreprise accroît le pouvoir des hommes qui détiennent la compétence dérivée de la pratique quotidienne des responsabilités, par rapport à celui des personnes qui ne sont que membres d'un conseil d'administration. Les seuls représentants des propriétaires qui continuent à jouer un rôle important dans le gouvernement de l'entreprise sont souvent ceux-là même qui consacre *tout leur temps* à son service³¹. La *professionnalisation* croissante de la direction des grandes entreprises s'explique par le fait qu'il n'est plus possible aujourd'hui, comme au temps où le pouvoir appartenait à l'entrepreneur-propriétaire, de concevoir dans les mains des mêmes personnes le fait de supporter les risques et celui de prendre les décisions³².

L'entreprise est devenue une réalité autonome qui n'apparaît plus comme par le passé totalement soumise au pouvoir de son propriétaire. Dans la grande entreprise, lorsqu'un représentant des actionnaires de la société mère entre au sein de la direction centrale, il se produit fréquemment un phénomène d'intégration. Ce phénomène peut conduire à une subordination des intérêts des propriétaires à ceux de l'entreprise elle-même. Les rôles se renversent. Au lieu de ne veiller qu'à exploiter l'entreprise pour le plus grand profit des actionnaires-propriétaires, ceux de

²⁸ Le mouvement conduisant en Europe à dédoubler le conseil d'administration au moyen d'un directoire et d'un conseil de surveillance vise précisément à rendre son efficacité au pouvoir social. V. Renauld, p. 153.

²⁹ Leur rôle a été mis en évidence par Galbraith, pp. 63-65.

³⁰ Sur l'importance du pouvoir de contrôle exercé par le « management », v. A.A. Berle et G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*. New York, McMillan, 1932, Chap. 6. Les constatations fondamentales relevées dans la première édition de cet ouvrage ont été confirmées lors de la seconde édition révisée, New York, Harcourt, Brace & World, 1968, 380 p. V. le commentaire sur cet ouvrage de J.K. Galbraith, *Antitrust Bull.*, vol. 13, 1968, p. 1531.

Cf. aussi P.R. Rosset, « Unité économique ou diversité juridique », *W.u.R.*, 1953, p. 6 ; Champaud, p. 87 n° 87.

³¹ A.D.H. Kaplan, *Big Enterprise in a Competitive System*. Washington, The Brookings Institution, 1954, p. 177 a fait à ce sujet les constatations suivantes : « That the management of the large corporation of today is more highly professionalized than its predecessor of earlier generations is so well recognized that the point does not need elaborating. The trend is toward a larger percentage of the board of directors being drawn from full-time officers of the corporation. It is notable that the largest industrial corporation measured by total assets (Standard Oil of New Jersey), has a board made up exclusively of full-time officers-employees who have come up from line and staff and whose holdings of stock in the corporation amount to a negligible fraction of outstanding capital. »

³² De Woot, p. 108.

leurs représentants qui ont passé dans le camp des dirigeants professionnels de l'entreprise se préoccupent dorénavant en priorité des intérêts de l'entreprise elle-même. Dans la mesure où ils doivent encore rendre effectivement des comptes aux apporteurs de capitaux, leurs représentants justifieront leurs décisions³³ par la poursuite d'objectifs à long terme plutôt qu'un rendement immédiat, par la recherche de la *croissance* plutôt que celle du *profit*. En réalité, un tel langage est le reflet d'une importante mutation. Les dirigeants qui appartiennent aussi à des organes sociétaires et devraient donc être au service des propriétaires de l'entreprise tendent à identifier leurs intérêts à celui de l'entreprise en tant que notion originale, plutôt qu'à ceux de ses propriétaires³⁴.

A la suite de diverses circonstances se développe au sein des grandes entreprises un « pouvoir actif »³⁵ échappant dans une large mesure à une réglementation juridique traditionnelle. L'entreprise n'est plus soumise à un pouvoir extérieur qui serait celui de l'entrepreneur-propriétaire³⁶ mais tend à dépendre essentiellement d'un gouvernement qui lui est propre.

En matière de concurrence, l'ampleur des pouvoirs détenus par le gouvernement d'une entreprise permettra de déterminer s'il s'agit d'une « entreprise » distincte aux fins de l'application des art. 85 et 86. Avant de proposer une définition de cette notion d'entreprise, on va chercher à analyser quel critère essentiel permet de reconnaître sa présence.

§ 3. POSSIBILITÉ EFFECTIVE D'UN COMPORTEMENT LIBRE À UN MOMENT ET DANS UN DOMAINE DONNÉS : CONDITION FONDAMENTALE DE L'ENTREPRISE.

L'entreprise comme sujet du droit antitrust se révèle par la présence d'un gouvernement autonome, condition d'une certaine indépendance économique. Concrètement, c'est avant tout à propos du cas de la filiale et éventuellement du département que se pose la question de l'indépendance

³³ Par exemple, une politique d'autofinancement qui a pour conséquence une diminution du montant des dividendes distribués aux actionnaires.

³⁴ L'importance, la nature et la légitimité du pouvoir des dirigeants de l'entreprise ont été analysées aux Etats-Unis par ceux que l'on appelle les « managerialists ». V. Eisenberg, pp. 21 ss. ; E.S. Mason, « The Apologetics of 'Managerialism' », *J. Bus. L.*, vol. 34, 1958, pp. 1 ss. ; C. Kaysen, « The Corporation : How much Power ? What Scope ? », in *The Corporation in Modern Society*, E.S. Mason editor, Cambridge, Harvard University Press, 1959 ; R.J. Monsen & A. Downs, « A Theory of Large Managerial Firms », *Journal of Political Economy*, 1965, pp. 221-236 cit. par Chevallier, p. 174.

³⁵ V. de Jouvenel, p. 22.

³⁶ Cf. de Woot, p. 110.

économique nécessaire pour qu'il y ait « entreprise » au sens des art. 85 et 86 CEE.

Est une entreprise l'entité économique qui dispose d'un pouvoir propre lui donnant la possibilité d'un comportement autonome dans un certain domaine. Ce domaine c'est celui qui touche la concurrence, soit la participation à part entière à un marché. Face à un groupe de sociétés, on cherchera à déterminer si le groupe lui-même se comporte comme un seul opérateur économique. Dans ce cas, il formera une « *entreprise* » *unique* aux fins de la mise en œuvre des règles de concurrence. On peut constater par contre que certaines filiales sont dotées d'une autonomie suffisante pour mener la vie d'un sujet distinct du droit européen de la concurrence. Au sein d'un groupe *horizontal* dont les membres se situent au même stade de l'activité économique, une certaine *concurrence intragroupe* peut même naître entre sociétés économiquement liées. Toute atteinte à cette forme de concurrence par le moyen d'accords ou de pratiques concertées peut théoriquement entraîner l'application de l'art. 85. On serait alors en présence d'une *pluralité d'« entreprises »*. Lorsque le groupe est *vertical*, les accords intragroupes n'auront en principe pas pour effet de restreindre la concurrence interne mais ils peuvent affecter les possibilités de concurrence *vis-à-vis de tiers*, à l'extérieur du groupe. La *concurrence externe* est protégée par les règles de concurrence au même titre que la *concurrence interne*. Dès lors si elle est restreinte indûment et que le groupe ne forme pas une « entreprise » unique, les entreprises membres du groupe auront provoqué par leur comportement concerté une violation de l'art. 85.

Si le groupe forme sans doute possible une « entreprise » unique, alors l'application de l'art. 85 à l'égard des relations et des pratiques entre ses membres n'est pas possible quand bien même on parviendrait à établir qu'elles ont eu des effets restrictifs sur les possibilités de concurrence de tiers³⁷. Dès que l'on est en face d'une seule entreprise, la portée de l'art. 85 s'arrête même si plusieurs sociétés sont impliquées. On se trouve alors dans la même situation que face à une restriction de la concurrence à l'égard de tiers provenant d'une coopération entre dirigeants d'une même entreprise unisociétaire. Une telle concertation qui objectivement peut affecter la concurrence échappe totalement à la règle antitrust³⁸. Celle-ci exige un *comportement plural*, soit une pluralité d'entreprises.

³⁷ Cf. *supra* p. 100 un cas différent, le groupe ne formant pas alors une entreprise unique parce qu'il tire parti de sa diversité juridique pour restreindre la concurrence à l'égard de tiers.

³⁸ V. sur ce point en droit antitrust américain les arrêts *Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola*, 200 F. 2d 911 (5th Cir. 1952), *cert. denied* 345 U.S. 925, 74 S. Ct. 783, 97 L. 6d. 1356 (1953) ; *Seagram v. Hawaiian Oke*, 416 F. 2d 71, 82-83 (1969) ; *Chapman v. Rudd Paint & Varnish Company*, 9 Cir., 1969, 409 F. 2d 635, 643 n° 9 et les commentaires de V.H. Kramer, « Does Concerted Action

A. Existence et usage effectif d'un pouvoir de contrôle.

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, une société mère dispose d'un certain pouvoir de contrôle sur diverses filiales. Ce pouvoir est en principe le reflet de la détention de la majorité du capital-actions de ces filiales. On peut l'exprimer de la manière suivante. Le pouvoir de la société mère A sur sa filiale B est la *capacité* de A d'obtenir que B fasse quelque chose qu'elle n'aurait pas fait sans l'intervention de A³⁹. Deux attitudes sont concevables en ce qui concerne l'effet du pouvoir de la société mère sur la qualité d'« entreprise » de sa filiale.

1. Présence d'un pouvoir de contrôle.

On pourrait tout d'abord soutenir que du seul fait que la société mère dispose d'un certain pouvoir à travers les mécanismes de contrôle lui permettant d'influencer éventuellement sur le comportement de sa filiale, cette dernière ne peut être une « entreprise » distincte. Aussi n'y aurait-il pas lieu d'examiner quel usage la société mère ferait de sa capacité à déterminer le cours des décisions de ses filiales. La *situation de dépendance économique* qui prive la filiale de sa qualité d'entreprise distincte apparaîtrait donc *déjà virtuellement réalisée*. Elle ne peut selon ce point de vue être remise en cause si la société mère décide souverainement d'accorder, *peut-être provisoirement*, une certaine autonomie à sa filiale. Car en définitive, le destin de la filiale demeure entre les mains de sa société mère qui peut même, le cas échéant, la faire *disparaître*. Si elle constitue sans doute une personne juridique vivante, la filiale n'est en réalité pas maîtresse de la durée de son existence⁴⁰ qui peut cesser de par la volonté de la société contrôlante⁴¹. Cette existence peut cesser seulement *en fait* et demeurer *en droit*. Ainsi à la suite d'une réorganisation

Solely Between a Corporation and Its Officers Acting on Its Behalf in Unreasonable Restraint of Interstate Commerce Violate Section 1 of the Sherman Act ? », *Federal Bar Journal*, vol. 11, 1951, pp. 132-142 et Harms, *Konzerne*, p. 57.

³⁹ D'après la définition de Robert Dahl, politiste américain, citée par M. Crozier, *La société bloquée*. Paris, Seuil, 1970, p. 33.

⁴⁰ De même qu'elle n'a pas en général la compétence de sa propre compétence en matière d'organisation et de gestion, cf. *infra* pp. 227 ss.

⁴¹ Selon l'optique du droit des sociétés, cette proposition peut apparaître inexacte. En effet, toute société anonyme ne peut disparaître en principe que de par la volonté d'une certaine proportion de ses actionnaires. Formellement c'est donc la filiale elle-même qui décide de sa dissolution et éventuellement de son absorption. En réalité, dans la mesure où une part suffisante de son capital est aux mains d'une autre société qui est sa société mère, on peut considérer qu'en fait, et sous réserve du particularisme des droits nationaux sur les sociétés, la durée de la vie de la filiale est bien entre les mains de sa société mère.

des activités d'une entreprise multinationale, l'on décidera de conserver l'existence formelle d'une filiale qui ne constituera qu'une pure *façade* utile à certains égards pour le groupe ⁴². La filiale est souvent aussi supprimée formellement par dissolution ou absorption lorsqu'elle ne rend plus les services qu'en attendait la direction du groupe. Cette disparition pourra être motivée par des facteurs intrinsèques, notamment par la diminution de ses performances ⁴³ et de son efficacité. Elle peut l'être aussi pour des motifs extrinsèques tels que modification des frais de transport, coût de la main d'œuvre ou des produits de base, fréquence des grèves, etc. ⁴⁴.

Se basant sur ces constatations, certains refusent à la filiale toute vocation à être une « entreprise ». Société dominée par une autre, elle ne peut absolument pas être un sujet libre et autonome des art. 85 et 86. Il n'est donc nul besoin pour étayer ce jugement d'évaluer *sa marge réelle de liberté* en ce qui concerne sa *gestion*. Elle a en quelque sorte perdu *ab initio* son titre d'entreprise. *L'octroi d'une certaine autonomie* dans le cadre d'une politique de gestion décentralisée du groupe de sociétés *ne saurait faire naître ce qui n'a jamais existé*.

Il ne nous paraît pas possible d'admettre un tel point de vue qui, à la limite, pourrait faire échapper au domaine de l'art. 85 tout accord ou pratique entre deux entités dont l'une est dans un état de dépendance à l'égard de l'autre.

II. Usage effectif du pouvoir de contrôle.

En effet, la tendance qui prévaut en droit antitrust est de mettre en évidence dans l'appréciation de la concurrence à protéger, non pas l'élément *subjectif* avec au premier plan la qualité des sujets qui sont les *acteurs* d'un conflit d'intérêt, mais plutôt l'élément *objectif* résultant de choix possibles sur un marché donné, la règle de protection s'attachant

⁴² Vagts, p. 752, cite les effets suivants, sur le rôle d'une filiale étrangère, de la suppression d'une division internationale dont les activités ont été réparties à l'intérieur des diverses divisions par produit du groupe : « Another effect is to make the foreign subsidiary in country X no longer a meaningful unit in organizational terms — instead of being a bloc within the international division, it becomes merely a legal and (for external purposes) an accounting entity, but not a business one, for it houses a group of local managers each responsible to a different product division head. »

⁴³ Celles-ci sont appréciées avec la même rigueur pour toutes les unités de décision du groupe, qu'elles soient ou non dotées de la personnalité juridique. V. sur ce point F. Hetman, *Les secrets des géants américains*. Paris, Seuil, 1969, p. 191.

⁴⁴ V. les exemples de « disinvestment strategy » cités par Vagts, pp. 772-773.

alors à la concurrence passive⁴⁵ en considérant avant tout l'acte de violation. Or dans la mesure où l'on considère d'une façon *objective* le problème de la restriction de la concurrence interne et externe, l'on est conduit à se préoccuper non pas seulement de la présence d'un pouvoir de contrôle détenu par la société mère, mais aussi et même surtout, de l'usage effectif qui en est fait. Ce point de vue objectif tend à élargir le domaine de l'entreprise et à ne pas y retirer automatiquement toutes les filiales. Il correspond à l'attitude adoptée par la Commission lors de l'octroi d'attestations négatives aux groupes de sociétés⁴⁶.

Certes, la seule présence du contrôle peut créer une présomption⁴⁷ que la filiale dispose d'une marge de liberté de décision réduite, voire même insignifiante. La société mère, selon le type de gestion choisi par le groupe, aura souvent intérêt à faire usage effectif de son pouvoir de contrôle de façon à réduire toute velléité d'indépendance de ses filiales. Celles-ci seront alors réduites au rôle de simple exécutant ou branche au service de la direction centrale du groupe. Il ne pourra y avoir d'« accords entre

⁴⁵ V. sur ce point K. Devine, « Foreign Establishment and the Antitrust Laws: A Study of the Antitrust Consequences of the Principle Forms of Investment by American Corporations in Foreign Markets », *Nw. U. L. Rev.*, vol. 57, 1962, pp. 430-431.

Dans la pratique, l'on devra constater en principe l'existence d'une concurrence passive toutes les fois que les sociétés membres d'un même groupe sont en présence sur un même marché sur le plan géographique et des produits.

⁴⁶ Lors de sa décision *Christiani & Nielsen*, v. *supra* pp. 89 ss., elle a insisté tout autant sur l'usage effectif du pouvoir de contrôle (« considérant que l'unité de l'organisation économique de la société mère et de la filiale... ») que sur la détention par la société mère de 100 % du capital de sa filiale.

De même, ces deux aspects du contrôle sont soulignés dans les considérants de la décision *Kodak* (v. *supra* p. 92, considérant n° 12) : « ... que les sociétés filiales dont il s'agit sont dans la dépendance exclusive et complète de leur société-mère et que cette société *exerce effectivement son pouvoir de contrôle* en leur adressant des instructions précises... » (C'est nous qui soulignons.)

Enfin dans sa décision *ZOJA* (v. *supra* p. 108), la Commission (v. p. 54 du texte de la décision) relève qu'il est invraisemblable que « CSC s'abstienne et se soit abstenu d'exercer en fait son pouvoir de contrôle à l'égard d'ICI... » et en conclut que « CSC *détient le pouvoir de contrôle d'ICI et l'exerce effectivement*, de sorte ... qu'il convient de traiter les sociétés CSC et ICI comme ne formant ... aux fins de l'application de l'article 86, *qu'une seule et même entreprise ou entité économique...* » (C'est nous qui soulignons.)

⁴⁷ Les critères dégagés par l'étude des groupes en droit des sociétés n'apportent pas beaucoup d'appui à l'interprète du droit antitrust. V. dans ce sens *supra* pp. 178 ss. et cf. la présomption de direction unique établie par l'art. 223 par. 2 de la « Proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes », *Suppl. Bull. des Com. Eur.*, 1970, n° 8, p. 178 : « Quand une entreprise est dominée par une autre selon l'article 6, il y a présomption que l'entreprise dominante et l'entreprise dominée forment un groupe. »

V. aussi *Mémorandum de la Commission* « La politique industrielle de la Communauté », Bruxelles, 1970, p. 148.

entreprises »⁴⁸ au sein d'un tel groupe formant une « entreprise » unique aux fins de l'application des règles de concurrence.

Quel que soit son pouvoir d'influer directement sur la vie de ses filiales, la société mère peut toutefois fort bien décider de leur laisser une vie propre. Cet octroi d'autonomie est quelquefois le résultat d'un choix délibéré visant l'efficacité de la gestion⁴⁹. Il arrive aussi que la société mère ne s'intéresse qu'à la détention de participations financières dans d'autres sociétés⁵⁰. Celles-ci tombent momentanément sous son contrôle mais la société mère ne s'intéresse pas à leur gestion qui n'est pas intégrée dans une politique coordonnée pour tout le groupe. Elle n'hésitera pas à les vendre dès que leurs performances ne seront plus satisfaisantes⁵¹. Au sein de tels groupes, l'indépendances économique des filiales est restée parfois réelle même si elle n'est que temporaire et provisoire, la société mère pouvant théoriquement y mettre fin à tout moment.

Objectivement, on peut constater que les sociétés appartenant à un tel groupe ont le pouvoir d'influer sur les possibilités de concurrence des membres du groupe et des entreprises extérieures au groupe. Aussi dans la mesure où — modifiant sa politique d'autonomie — la direction centrale suscite la réalisation d'accords et de pratiques intragroupes en vue d'éliminer à l'avenir cette concurrence, il faudra considérer que l'on est en présence d'une pluralité d'« entreprises » aux fins de l'application des règles de concurrence. C'est donc *l'usage effectif que la société mère fait de son pouvoir de contrôle* qui permet de déterminer si un groupe donné constitue ou non une « entreprise » unique. Concrètement, la qualité d'« entreprise » d'une filiale dépend de sa *capacité de prendre des décisions de manières autonome dans les domaines intéressant la concurrence*, tout en étant contrôlée par la société mère⁵². Cette capacité n'est pas une donnée stable. Elle est par définition fluctuante au gré de la volonté de la société mère. A un moment donné, elle n'en constitue pas moins une composante non négligeable d'un certain ordre concurrentiel dont la protection constitue l'une des finalités du Traité CEE.

⁴⁸ Cela n'empêche nullement la présence d'accords intragroupes pour des motifs extra-concurrentiels. (Par ex. motifs fiscaux, droit des brevets et des marques, opposabilité à l'égard des tiers, etc.) Cf. *supra* p. 149.

⁴⁹ V. les exemples cit. *infra* pp. 228 ss.

⁵⁰ Dans sa décision *ZOJA* (v. *supra* p. 108), la Commission démontre que la société mère CSC et sa filiale ICI forment un seul groupe constitutif d'une même entreprise aux fins de l'application de l'art. 86 CEE. Dans ses considérants, elle indique que tel ne serait pas le cas s'il ne s'agissait que de prise de participation : « ... ce qui ne saurait se dire d'entreprises dans lesquelles on aurait simplement investi des capitaux à titre de placements financiers. »

⁵¹ Cf. la politique suivie par les « conglomérats ».

⁵² S.P. Ladas, « La législation antitrust dans le Marché Commun notamment en ce qui concerne les accords relatifs à la propriétés industrielle », *La propriété industrielle*, 1962, p. 254.

B. *Quantité et qualité des domaines d'autonomie nécessaires à la présence d'une entreprise.*

L'organisation des grandes entreprises multinationales révèle la coexistence de deux tendances apparemment contradictoires. D'une part un mouvement vers la décentralisation fédérative qui tend à octroyer une autonomie souvent importante aux diverses unités de décision. D'autre part se dessine également une tendance à la centralisation de l'autorité⁵³. On peut voir dans cette dualité la recherche d'un point d'équilibre⁵⁴ entre la *fragmentation* qui convient à la diversité des marchés du groupe et l'*unification* permettant de bénéficier du potentiel d'un système global dans la conduite des affaires⁵⁵. L'importance plus ou moins grande accordée à l'un ou l'autre de ces phénomènes trouve son expression dans la structure d'organisation⁵⁶ adoptée par le groupe de sociétés.

En ce qui concerne la propension de chaque unité de décision — filiale, division ou département — à constituer une « entreprise » distincte aux fins de l'application de la règle de concurrence, deux questions principales se posent. L'autonomie d'une filiale dans un seul domaine peut-elle être prise en considération isolément ? Si oui, comment caractériser le domaine d'autonomie nécessaire ?

1. *Autonomie limitée à un seul domaine.*

Si l'on considère que pour être une « entreprise » distincte, il faut qu'une unité de décision puisse être autonome *dans tous les domaines de son activité*, cela aura pour conséquence de restreindre de façon importante le champ d'application de l'art. 85. En effet, dès lors qu'il existe un organe de contrôle commun au groupe, aussitôt qu'est créée une direction unifiée, cela signifie qu'une partie au moins de l'activité des filiales et des départements échappera à la libre volonté de ces derniers pour être

⁵³ Pour une analyse des principales théories relatives à la centralisation et à la décentralisation de la gestion v. A. Bienaymé, *L'entreprise et le pouvoir économique*. Paris, Dunod, 1969, pp. 112-126.

⁵⁴ Dans la réalité, cet équilibre n'est jamais atteint d'où une source de tensions réelles ou potentielles entre les membres du groupe.

⁵⁵ Rolfe, pp. 78 ss.

⁵⁶ Divers éléments (fonction, région ou produit) sont à la base des structures possibles d'organisation. Pour une analyse de ces divers types de structures, v. Lombard, *European Business*, 1969, pp. 37-48 ; Clee & Sachtjen, *Harv. Bus. Rev.*, vol. 42, 1964, pp. 55-67 ; Vagts, pp. 751-753, et surtout L.E. Fouraker & J.M. Stopford, « Organizational Structure and the Multinational Strategy », *Administrative Science Quarterly*, vol. 13, 1968, pp. 47-64.

La plupart de ces auteurs se réfèrent à la classification fondamentale en trois modèles de structures correspondant aux trois phases du développement des grandes entreprises américaines, élaborée par A.D.J. Chandler, *Strategy and Structure*. New York, Doubleday, 1966. Cf. *supra* p. 215.

conduite dans le cadre d'une *politique globale du groupe*. Selon un tel point de vue, tout groupe formerait une « entreprise » unique aux fins de l'application des règles de concurrence, à l'exception des groupes purement financiers ou de certains conglomérats caractérisés par l'absence de direction centralisée.

Bien qu'il s'agisse d'une question très controversée au sein des droits antitrusts nationaux, il nous paraît possible d'admettre l'existence d'un sujet distinct du droit de la concurrence face à une filiale qui conserve *une autonomie en ce qui concerne sa politique commerciale* tout en étant soumise à la volonté du groupe pour diverses autres matières. La jurisprudence des droits antitrusts américain⁵⁷ et allemand a paru admettre ce point de vue à plusieurs occasions. En Allemagne, la doctrine dite des « sphères d'activité échappant à l'emprise de la direction unifiée du groupe » (« konzernfreie Sphäre »⁵⁸) a trouvé un important appui dans une déclaration sur l'interprétation de l'art. 85 CEE émanant du Bundeskartellamt⁵⁹ qui n'a jamais été formellement démentie. Selon les sphères d'activité du Konzern qui sont envisagées, cette autorité distingue deux situations. Dans les domaines où les membres du Konzern se sont vus prescrire des directives obligatoires par la direction unifiée (selon l'art. 15 al. 1 Akt. G.) ou par la société mère (selon l'art. 15 al. 2 Akt. G.), les accords intragroupes éventuels ne pourront tomber dans le champ d'application de l'art. 85 car le Konzern constitue alors une « entreprise » unique. En revanche, les accords et pratiques intragroupes qui portent sur une sphère d'activité qui n'est pas touchée par des directives obligatoires de la tête du Konzern pourraient remplir les conditions d'interdiction de l'art. 85⁶⁰.

En ce qui concerne l'octroi de la qualité d'entreprise, cette conception entraîne une conséquence importante. Une filiale pourra donc constituer une entreprise distincte pour ce qui concerne certains domaines alors que

⁵⁷ V. par ex. l'arrêt *Hawaiian Oke*, *supra* p. 197.

⁵⁸ Sur cette question, v. W. Fikentscher, *Die Interessengemeinschaft*. Köln, Heymanns, 1966, p. 52.

⁵⁹ B.Kart.A., *Rapport d'activité pour 1961*. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, 1962. Drucksache IV/378, p. 61, n° 3. La définition de l'entreprise au sens de l'art. 85 C.E.E. contenue dans ce même rapport a été citée *supra* p. 52.

⁶⁰ Le B.Kart.A. justifie ce point de vue en montrant que le Konzern peut régler le comportement de ses membres au moyen de directives et n'a pas besoin de leur imposer la conclusion d'accords. Dès lors, s'il recourt tout de même à la passation d'accords, une présomption existe en faveur d'une vie autonome des membres du Konzern qui peut permettre l'existence d'une concurrence intragroupe. Sa limitation devrait ainsi tomber sous le coup de l'art. 85.

Une telle présomption n'est pas à l'abri d'objections. On peut en effet constater qu'il existe plusieurs raisons de passer des accords intragroupes même entre membres d'un groupe qui sont entièrement privés d'autonomie. Cf. *supra* pp. 149 et 223 note 48.

pour d'autres cette qualité lui ferait défaut, le groupe étant alors traité comme « entreprise » unique.

II. *Contenu des domaines d'autonomie exigés par l'« entreprise ».*

Pour qu'une filiale puisse être une « entreprise », il faut donc qu'elle soit autonome *au moins dans un domaine donné*. Ce dernier doit être d'une certaine *importance* et surtout correspondre en tout ou en partie à celui dans lequel *sont prises les décisions en matières de concurrence*. Pour déterminer si cette condition est réalisée, on doit tenir compte notamment de la planification qui préside de plus en plus fréquemment à l'activité des groupes de sociétés. Cette planification va en effet avoir des effets importants sur la répartition des tâches et compétences au sein des groupes multinationaux.

Toute l'activité du groupe n'est pas planifiée dans le détail à partir de la direction centrale. Une telle planification serait pratiquement très difficile à réaliser et peu satisfaisante en terme d'efficacité. En réalité, au niveau de la direction centrale du groupe est conçu, avec l'aide des informations fournies par les divisions, départements et filiales, un plan général. Il s'agit là d'un cadre élémentaire de référence pour les directeurs à tous les échelons (divisions, départements, filiales, succursales), à l'intérieur duquel ils peuvent prendre des décisions liées aux objectifs et buts fondamentaux fixés par l'entreprise.

L'une des difficultés fondamentales pour l'application des règles de concurrence à l'encontre des pratiques intragroupes va donc consister dans l'évaluation de l'ampleur des domaines réglementés exhaustivement par le plan central, et parallèlement du degré d'autonomie qui est laissé aux dirigeants des filiales dans le cadre de l'exécution de ce plan central. On sait que l'idée de planification est opposée à celle de concurrence⁶¹. En effet, la mise en œuvre d'un même plan tend à empêcher en principe que les entités qui y sont soumises puissent soit entrer en concurrence soit se comporter comme opérateur indépendant vis-à-vis des tiers. L'une des préoccupations constantes des dirigeants de la grande unité planifica-

⁶¹ On connaît les thèses de Galbraith, pp. 31-33 et 354-355, selon lesquelles l'abandon des lois du marché au profit de l'élaboration d'un plan de croissance de l'entreprise est le reflet des nouvelles exigences de la technologie : « We come thus to the second conclusion which is that the enemy of the market is not ideology but the engineer... »

Son observation, qui vise le marché en général, trouve en particulier application au marché théorique que constitue la rencontre des unités de décision soumises à une même unité de contrôle, c'est-à-dire le lieu de la concurrence intragroupe.

trice est la diminution des zones d'incertitude⁶². Aussi leurs efforts vont-ils porter entre autres sur une réduction des risques à leur plus faible niveau de probabilité avec pour corollaire à l'intérieur du groupe, une tendance à la diminution voire parfois à la suppression de l'indépendance économique des filiales.

Telle que la conçoit Steiner⁶³, la planification apparaît comme une suite de programmes complets et de plans prévus pour des périodes de temps déterminées et couvrant l'ensemble de l'activité du groupe de sociétés. Il s'agit d'un cadre de synthèse, à l'intérieur duquel chacun des plans fonctionnels doit être lié avec un autre. On peut le comparer à une immense toile d'araignée de relations interdépendantes à long et à court terme, comprenant le financement, la vente, la fabrication, la recherche et le développement, les relations industrielles, la définition de l'autorité, et toutes les activités principales d'une entreprise multinationale.

La pratique de la planification au sein des grands ensembles économiques n'est pas nécessairement en soi un facteur de suppression de l'autonomie des unités de décision. Il s'agit plutôt d'une formulation élaborée de la répartition des compétences entre l'unité de contrôle et les unités de décision. A ce titre, on peut voir dans la planification une certaine formalisation des rapports de forces.

Divers niveaux de planification (par ex. politico-stratégique, tactique, à moyen terme, etc.) sont à distinguer. L'hypothèse où toutes les séquences de planification sont exclusivement parcourue par la société mère constituerait le cas de *centralisation extrême*. Au contraire, comme l'observe Michalet⁶⁴, si une totale autonomie est laissée à chaque filiale dans la fixation de ses buts et de ses moyens à tous les étages de la planification, y compris celui de la planification politico-stratégique, la preuve est faite d'une *gestion intégralement décentralisée*.

Dans la réalité, la majorité des modèles d'organisation des rapports entre le pôle de direction et les unités composantes *se situent entre ces deux limites*⁶⁵. Si les filiales ont obtenu la possibilité de posséder un

⁶² Cette incertitude existe au sujet du comportement du marché, des livraisons, des fournisseurs, de l'attitude des actionnaires, du rôle des concurrents, de l'action future des pouvoirs publics, etc. V. sur ce point R.M. Cyert et J.G. March, « L'élaboration des décisions dans les entreprises américaines », *Analyse et Prévision*, 1966, p. 869.

⁶³ V. G.A. Steiner, « La planification dans les sociétés multinationales », in *L'entreprise et l'économie du XX^e siècle*, p. 426.

⁶⁴ C.A. Michalet, *L'entreprise plurinationale*. Paris, Dunod, 1969, p. 53.

⁶⁵ Pour une étude de divers exemples de planification intragroupe, v. *Multinational Corporate Planning* (edited by G.A. Steiner and W. Cannon). New York/London, McMillan, 1966, spéc. les structures de *Philips*, pp. 99-112, 303, 310-311 ; *Unilever*, pp. 217-236 ; *I.B.M.*, pp. 81-90.

budget autonome⁶⁶, un plan de croissance à moyen terme et des services de recherche ; on admet que le groupe a atteint un degré de décentralisation très appréciable. Mais à l'inverse, il arrive aussi que toute la planification soit élaborée au niveau du groupe⁶⁷, les filiales disparaissant alors totalement en tant qu'« unité planificatrice » et ne disposant d'aucune autonomie⁶⁸.

Il semble qu'on puisse observer une certaine corrélation entre d'une part la décentralisation de l'autorité et du pouvoir et d'autre part une meilleure efficience du groupe⁶⁹. Dans la grande entreprise multinationale on assiste fréquemment à la création de *centres de rentabilité* qui se comportent comme autant d'entreprises indépendantes. Cette méthode permet d'augmenter le rendement de chaque centre pour le plus grand profit de l'ensemble auquel ils appartiennent⁷⁰. Pour la direction centrale, le désir de contrôler régulièrement et valablement les performances respectives des départements et filiales⁷¹ va poser évidemment des problèmes complexes parmi lesquels celui de la fixation des prix de cession entre unités dépendantes d'une même unité de contrôle⁷². Du point de vue de la con-

⁶⁶ C'est en effet dans une large mesure par le moyen de la politique financière (octroi de crédit ou de liquidités) que la direction centrale est en mesure de s'assurer de la bonne volonté des filiales, et le cas échéant, de faire pression sur les récalcitrants. C'est ce domaine d'ailleurs qui paraît être l'objet du stade le plus avancé de planification.

⁶⁷ Cela a été mis en évidence à propos des Konzern allemands. Sur la répartition des tâches au sein des Konzern, v. W. von Krähe & W. Dürrmann, *Konzernorganisation*. Köln, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2. Auflage (Bd. 20 der Veröffentlichungen der Schmalenbach Gesellschaft), 1964, 139 p., et F.W. Hardach, « Die 'einheitliche Leitung' von Konzernen », *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung*, 1961, spéc. pp. 714-716.

⁶⁸ V. les réf. cit. par Harms, *Konzerne*, p. 80, qui observe : « ... dass die Zahl der Wirtschaftspläne durch Konzernbildung abnimmt, weil die Konzernunternehmen keine Wirtschaftspläne mehr aufstellen. »

⁶⁹ Cyert et March, p. 858, justifient la décentralisation de la prise de décision par la croyance en « l'efficacité de la *main invisible* imposant selon un système de rationalité locale des décisions adéquates. Pour que tout cela concorde, il faut que le résultat optimum obtenu sur place par une *série de centres de décision indépendants* aboutisse globalement au meilleur résultat possible. » (C'est nous qui soulignons.)

⁷⁰ J. Dean, « Une conception financière de la vision des entreprises en départements autonomes : les centres de rentabilité », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, pp. 74-75, explique ainsi ce phénomène : « Une grosse entreprise intégrée fabriquant une gamme de produits fonctionne de façon optimum quant elle reproduit en miniature l'économie concurrentielle liée à la liberté d'entreprise. A cet effet, on divise les entreprises en unités d'exploitation indépendantes qui agissent comme des entités économiques libres aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'entreprise. »

⁷¹ S.E. Rolfe, *Les sociétés internationales*. Rapport de base au XXII^e Congrès de la Chambre de Commerce Internationale à Istanbul. Paris, C.C.I., 1969, p. 49.

⁷² V. sur ce problème P.W. Cook Jr., « Une difficulté technique de fonctionnement des départements autonomes. Les prix de cession internes », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, pp. 81-88. L'auteur envisage notamment les systèmes de cession au prix du marché et au prix de revient direct.

currence interne, les cessions devraient se faire au prix du marché, les départements ou filiales « ne se faisant aucun cadeau »⁷³.

Les exemples les plus connus de concurrence entre départements, divisions ou filiales soumis à une même unité de contrôle sont à tirer du fonctionnement du groupe *General Motors*⁷⁴. Certains départements y ont leur *propre service de vente* car la *distribution* est le plus souvent dirigée à l'échelon du département⁷⁵, de même que leurs propres services d'achat et du personnel. Les divisions automobiles ont le droit d'acheter des pièces à des fournisseurs extérieurs au groupe⁷⁶ si elles peuvent obtenir de meilleures conditions de prix et de qualité que dans les divisions « accessoires » du groupe *General Motors*⁷⁷. De même les divisions « accessoires » sont autorisées à vendre à l'extérieur et même à un concurrent direct de la division automobile si elles ont la possibilité de faire une meilleure affaire⁷⁸. Se référant à l'exemple de *General Motors*, certains auteurs prétendent même qu'il peut y avoir davantage de concurrence entre membres d'un groupe de sociétés que sur les marchés de l'économie dite libre⁷⁹.

Cet exemple classique montre qu'il est concevable que des filiales ou départements se voient accorder une autonomie suffisante pour constituer chacun un sujet distinct du droit antitrust. D'une manière générale, pour prendre la mesure exacte de l'indépendance économique d'une filiale, il n'est pas d'autre moyen que d'essayer d'identifier et de répertorier les do-

⁷³ V. A.D.H. Kaplan, *Big Enterprise in a Competitive System*. Washington, The Brookings Institution, 1954, p. 176.

⁷⁴ V. P.F. Drucker, *Big Business*. London, Heinemann, 1947, pp. 42-71 « Decentralization » (ci-après Drucker, *Big Business*), ouvrage publié aux Etats-Unis sous le titre « Concept of the Corporation » ; et un article anonyme « Responsabilités décentralisées et contrôle central dans une entreprise américaine : la 'General Motors' », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, pp. 35-42 (ci-après « Responsabilités décentralisées »).

L'ouvrage fondamental sur cette entreprise demeure celui de A.P. Sloan, *My Years with General Motors*. London, Sidwick & Jackson, 1966, 472 p.

⁷⁵ Dans ce sens, « Responsabilités décentralisées », p. 40.

⁷⁶ Cette possibilité est qualifiée de « droit d'annulation ». V. sa description par M. Erard, « Eléments d'une sociologie de l'entreprise », in *L'Entreprise, Mémoires de l'Université de Neuchâtel*, t. 28. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1960, p. 47.

Cf. aussi W.S. Comanor, « Vertical Mergers, Market Powers, and the Anti-trust Laws », *Am. Econ. Rev.*, vol. 57, 1967, p. 261 note 16.

⁷⁷ Mais dans beaucoup de groupes qui ont une structure centralisée, les filiales sont tenues de s'approvisionner auprès des divisions ou filiales de groupe. Cela peut résulter d'une obligation contractuelle.

⁷⁸ Drucker, *Big Business*, pp. 51 et 70 et « La décentralisation fédérative », *Hommes et Techniques*, n° 157-158, 1958, p. 22.

⁷⁹ Ainsi E. Salin, « Soziologische Aspekte der Konzentration », Vortrag in *Die Konzentration in der Wirtschaft*, hrsg. vom Verein für Sozialpolitik. Berlin, 1961, p. 57, cit. par Harms, *Konzerne*, p. 83.

maines dans lesquels elle est à même de prendre elle-même ses propres décisions. C'est l'étendue de cette zone de liberté et surtout sa composition par rapport aux domaines influant directement sur la possibilité de concurrence qu'il importe de connaître pour déterminer s'il s'agit d'une « entreprise » distincte aux fins de l'application des règles de concurrence.

L'autonomie conférée à une filiale dans des domaines qui n'affectent en rien ses possibilités de concurrence (par ex. décisions relatives à l'organisation interne de la filiale, à la répartition des facteurs de production, aux techniques de fabrication, etc.) n'est pas génératrice d'une « entreprise » distincte. Il en ira différemment si la filiale apparaît comme une unité de décision autonome dans des domaines qui peuvent lui permettre d'influer effectivement sur le comportement économique des autres sociétés du groupe et sur des entreprises tierces sur le marché (par ex. en matière de prix, débouchés, fournisseurs, livraisons intragroupes, relations avec les tiers, méthodes et conditions de distribution, etc.).

La difficulté est grande de déceler à *travers les mots utilisés*, soit dans la littérature sur la gestion des entreprises, soit dans les instructions internes des groupes de sociétés⁸⁰ relatives à la répartition des tâches entre direction centrale et filiale, *le pouvoir réel des filiales en matière de concurrence*. C'est qu'en effet la marge de liberté des filiales doit s'apprécier dans un contexte marqué par *l'ambiguïté fondamentale* propre au principe de l'« indépendance dans l'interdépendance »⁸¹.

§ 4. L'ENTREPRISE EN TANT QU'UNITÉ DE GESTION : ESSAI DE DÉFINITION.

Sous nos yeux commence à prendre forme une notion originale d'entreprise aux fins de l'application de la règle de concurrence. Parmi ses éléments constitutifs, c'est son gouvernement ou sa direction qui est au premier plan. Ce qui la révèle c'est sa capacité à se comporter de manière autonome dans les domaines intéressant la concurrence. A partir de ces données fondamentales, il faut chercher parmi les critères de qualification possible quelle définition s'impose en définitive pour l'« entreprise » au sens des art. 85 et 86.

En tant que *centre de rentabilité*⁸² à l'intérieur d'un vaste ensemble économique, l'entreprise — filiale ou département — peut apparaître comme *unité comptable*. Elle est alors responsable des conséquences de son

⁸⁰ V. par ex. les commentaires sur le « Organisationshandbuch » (1958) du Konzern *Krupp* par Hardach, pp. 729 ss.

⁸¹ V. les exemples cités par Clec et Sachtjen, p. 58.

⁸² V. *supra* p. 228.

activité dont elle assume les *risques*⁸³. Cette responsabilité s'exercera sur le plan juridique dans ses rapports externes, vis-à-vis des tiers, s'il s'agit d'une entité dotée d'une personnalité juridique propre. Elle n'aura d'effet qu'à l'intérieur de l'ensemble économique auquel l'entreprise appartient, dans le cadre de rapport interne, si l'on est en présence d'un département ou d'une division juridiquement dépendant.

Dans le cadre de la décentralisation fédérative, l'entreprise peut apparaître comme l'une des composantes d'un système d'organisation économique généralement réparti dans plusieurs pays, objet d'une planification élaborée à divers niveaux. Elle n'est une « entreprise » distincte que dans la mesure où elle participe elle-même à la *définition de cette planification* qui préside au déroulement de ses activités. Dans la pratique, on constate parfois une telle *participation*. La phase d'élaboration du plan d'un groupe multinational débouche généralement sur des *compromis* entre filiales, départements et autres unités de décision. Ceux-ci sont fréquemment le fruit de dures négociations⁸⁴. Le plan n'est alors pas imposé souverainement par la direction centrale mais résulte de la confrontation de divers points de vue⁸⁵. La volonté propre des unités décentralisées peut donc jouer un rôle non négligeable dans la définition de la politique globale du groupe. Même au sein d'un groupe de sociétés dont la gestion est apparemment coordonnée à de hauts niveaux, certaines filiales sont en mesure d'exercer indirectement leur influence lors de la phase de conception de la planification stratégique⁸⁶.

Cependant, lorsque l'abandon des compétences atteint une certaine ampleur et durée, si les relations commerciales des unités décentralisées du groupe sont réglementées exhaustivement par la direction centralisée, alors les filiales et départements ne conservent pratiquement aucune autonomie en matière de concurrence et le groupe sera considéré par l'inter-

⁸³ Cf. *supra* p. 70, le critère du risque financier utilisé par la Commission à propos du représentant de commerce.

⁸⁴ Sur les tensions internes et les conflits d'intérêt au sein des groupes multinationaux, v. Vagts, pp. 753 et 755-756 note 72 ; E.P. Learned, « Le rôle de la direction générale », in *L'entreprise et l'économie du XX^e siècle*, p. 521.

⁸⁵ Bower, p. 189 insiste aussi sur cet aspect peu connu de la planification : « But it is wrong to ignore — as Galbraith does — the internal effect of rivalry on planning and on resource allocation. Plans are responsive to the stakes of planners, not merely the stake of the firm in the market. »

⁸⁶ « Dans une organisation fédérale, les directions locales doivent aussi participer aux décisions qui établissent leur affaire locale propre et qui définissent les limites de leur autorité. De façon tout à fait automatique, elles participeront aux discussions et décisions relatives à la politique de base. » P.F. Drucker, *The New Society*. New York, Harper & Brothers, 1949, p. 270, extrait reproduit et traduit par Learned, p. 527.

prête des art. 85 et 86 comme « entreprise » unique. En droit de la concurrence, l'entreprise est donc aussi une *unité planificatrice*⁸⁷. Ne peut en effet être sujet distinct des règles antitrust que l'entité qui détermine elle-même les données du plan qui va affecter son comportement futur sur le marché.

Pour exercer effectivement sa capacité à agir comme opérateur économique indépendant sur un marché donné, l'entreprise doit concrètement bénéficier d'un pouvoir que l'on peut situer à un double niveau.

Il s'agit d'abord du pouvoir de décider souverainement des conditions de ses rapports avec d'autres entreprises (fixation des prix, choix des marchés et des débouchés, conditions de distribution des produits, etc.). Elle est donc une *unité de décision*⁸⁸ en matière de politique commerciale. Ce pouvoir de décision existe spontanément dans toute entreprise qui est indépendante juridiquement et économiquement. Par contre, dès qu'une entreprise se trouve dans un lien de dépendance quelconque à l'égard d'un sujet de droit — ce qui de nos jours tend à devenir la règle et non plus l'exception⁸⁹ — le pouvoir de décision de cette entreprise est le reflet d'une certaine autonomie conférée dans le cadre d'une organisation économique donnée. On pense alors à une *structure particulière de fonctionnement*, à un *système de gestion rationnelle* de l'activité économique dont l'entreprise est l'un des composants fondamentaux. Dans cette optique, l'entreprise est une *unité de gestion*⁹⁰ privée d'une partie de son autonomie puisque sou-

⁸⁷ W. Fikentscher, « Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen », in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*. Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 262 observe dans ce sens : « Das Wettbewerbsrecht hat es mit selbständig planenden Unternehmen zu tun. Entscheidend ist dabei nicht die rechtliche Grundeinheit als natürliche oder juristische Person, sondern die selbständig planende Wirtschaftseinheit... Ein Konzern ist daher, soweit die einheitliche wirtschaftliche Planung reicht, ein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts. »

Cf. aussi les dépositions de G. Staller, N. Dodge et J. Dirlam in *Concentration Outside the United States*, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly, 90 Congress, Washington, U.S. Government Printing Office, 1968, Part 7, pp. 3670 ss., 3739 ss. et 3758 ss. ; P.C. Canellos and H.S. Silber, « Concentration in the Common Market », *C.M.L. Rev.*, vol. 7, 1970, p. 13 montrent que l'un des points communs de toute opération de concentration réside dans « a decrease in the number of economically independent planning centres », c'est-à-dire en définitive dans une diminution du nombre d'« entreprises ». Cf. aussi *supra* p. 228 note 68. Citation de Harms.

⁸⁸ V. Paillusseau, pp. 76-98, qui voit dans l'entreprise un « centre de calculs et de décisions économiques ».

⁸⁹ Cf. *supra* p. 170 note 29.

⁹⁰ Ce qualificatif est utilisé dans le « Rapport sur la capacité concurrentielle de la Communauté européenne », Bruxelles, novembre 1971, Document préparé par un groupe de travail institué par la Commission ; Président-Rapporteur Pierre Uri, Annexe (synthèse), ch. II, p. 21 : « Il faut distinguer soigneusement

vent insérée dans une structure globale de fonctionnement. C'est peut-être ce qualificatif qui en définitive donne la meilleure idée de l'« entreprise » dans la perspective de ses rapports avec d'autres acteurs de la vie économique. En effet bien plus que l'appartenance à l'un ou l'autre des moules juridiques traditionnels, c'est l'étendue et la composition des pouvoirs réels définis selon *les principes de gestion et du « management »* qui révèlent l'entreprise autonome. A partir de cette constatation, on peut essayer de proposer une définition de l'entreprise aux fins de l'application des règles de concurrence. Il s'agit de toute « *unité de gestion dotée d'un pouvoir suffisant pour permettre un comportement autonome à un moment donné sur un certain marché.* »

Cette définition apparaît d'abord limitée et restrictive. La qualité d'entreprise n'est pas ici une donnée stable et globale⁹¹. Elle est l'objet d'une double limite. Dans *le temps* d'abord, car l'autonomie peut à un certain moment disparaître. De pluralité d'« entreprises », le groupe de sociétés va alors se transformer en « entreprise » unique. Dans *l'espace* ensuite puisqu'une unité de gestion peut être libre de son comportement dans certains domaines alors que dans d'autres elle sera soumise aux instructions impératives d'un organe de contrôle.

A. *Notion valable pour les art. 85 et 86*⁹².

Cette définition devrait cependant être assez large pour viser aussi bien l'« entreprise » au sens de l'art. 85 que de l'art. 86. A ce sujet, une difficulté peut se présenter étant donné les conditions d'application fort différentes de ces deux dispositions.

Pour *l'art. 85*, l'indépendance économique qui révèle le sujet autonome de la règle de concurrence ne dépend pas tant de *l'existence d'un pouvoir de contrôle* qui peut notamment découler de l'importance du capital de la filiale détenu par la société mère. On a montré⁹³ que c'est surtout de *l'usage effectif* que la société mère entend faire de son pouvoir que dépen-

les établissements, c'est-à-dire les unités de production ou de vente, et les entreprises, c'est-à-dire les unités de gestion. »

Dans d'autres disciplines, l'entreprise peut bien parfois être considérée comme une *unité de production*. En revanche, pour tout ce qui touche au phénomène de la concurrence, l'autonomie en matière de production passe au second plan. C'est en plaçant la discussion au niveau de la *gestion* que l'on parvient à identifier les opérateurs autonomes sur un marché, c'est-à-dire les « entreprises ».

⁹¹ Sur les effets limitatifs de cette constatation à propos de l'apport du droit européen de la concurrence à l'élaboration du statut juridique de l'entreprise, v. *infra* pp. 241-248.

⁹² Sur cette question cf. aussi *supra* pp. 45-48.

⁹³ Cf. *supra* pp. 221-223.

dent les possibilités réelles d'une unité décentralisée à agir comme opérateur économique indépendant.

Dans la mise en œuvre de l'art. 86, il semble que cette distinction soit moins claire. Le texte de la décision *Continental Can*⁹⁴ paraît établir la qualité d'entreprise unique du groupe, et son corollaire la responsabilité de la société mère pour les actes de ses filiales, sur la seule base de la détention par Continental Can de l'intégralité du capital d'Europemballage, elle-même possédant 85 % du capital de S.L.W.. Contrairement à la position suivie lors de l'application de l'art. 85 aux accords intra-groupes⁹⁵, la Commission ne se croit pas obligée d'indiquer une participation directe de la société mère Continental Can aux comportements incriminés, ni de montrer que les filiales ont agi sur instructions précises et impératives⁹⁶. Certes, il est vrai que la Commission n'a pas insisté dans sa décision sur l'usage effectif que Continental Can aurait fait à l'égard de ses filiales de son pouvoir de contrôle. Sans doute a-t-elle jugé inutile une telle précision tant lui apparaissait-il évident qu'Europemballage n'avait pas pu prendre seule la décision de procéder à l'achat contesté des actions et obligations TDV. La lecture de l'ensemble de la décision fait en effet ressortir que *toute l'opération a été coordonnée par Continental Can*⁹⁷. On ne peut donc pas déduire de cette décision que pour la Commission le seul fait qu'une société en contrôle une autre a pour résultat de créer automatiquement une « entreprise » unique aux fins de l'application de l'art. 86. D'autant plus qu'en examinant en détail la structure du groupe Continental Can, la Commission aborde le *problème de fond posé par l'existence des grandes entreprises multinationales* pas seulement sous l'angle des capitaux propres et des participations. Elle tiend en outre lar-

⁹⁴ V. *supra* p. 102 note 55.

⁹⁵ La Commission avait alors souligné que la société exerçait effectivement son pouvoir de donner des instructions dans les domaines touchant la concurrence. C'est en conséquence le groupe qui apparaissait nettement comme une unité de gestion. Cf. *supra* p. 92 note 20 Décision Kodak. Cf. aussi *supra* p. 103.

⁹⁶ Cette attitude a été reprochée à la Commission par Focsaneanu, v. *supra* p. 103.

⁹⁷ La Cour de Justice a d'ailleurs établi ainsi la participation de Continental Can à l'opération contestée :

« qu'il est constant que Continental a amené Europemballage à faire, aux Pays-Bas, une offre d'achat aux actionnaires de TDV, en lui procurant les fonds nécessaires à cet effet ;

que le 8 avril 1970 Europemballage a procédé à l'achat des actions et obligations TDV proposées à cette date ;

que, partant, le fait de cette opération, au vu de laquelle la Commission a pris la décision litigieuse, doit être imputé non seulement à Europemballage mais aussi et en premier chef à Continental ; »

C.J.C.E., Arrêt *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, aff. 6/72, 21 février 1973, *Rec.*, 1973, 243.

gement compte des facteurs humains et des connaissances techniques⁹⁸ qui donnent la cohésion de vues nécessaire à l'efficacité d'une politique d'entreprise⁹⁹.

Toutefois, la mise en œuvre des art. 85 et 86 obéissant à des critères très différents, il est possible qu'à l'avenir une notion différente d'entreprise se développe selon que l'une ou l'autre des dispositions sera la plus fréquemment utilisée¹⁰⁰. On doit souligner à ce sujet que l'art. 86 — davantage que l'art. 85 qui est « victime » de la présence du terme « accord » — tend à faire reconnaître une notion d'entreprise *fondée sur les seules réalités économiques*.

B. *Notion valable pour l'entreprise privée et publique.*

On a vu que les règles de concurrence du Traité de Rome ont pour destinataires en principe toutes les entreprises, qu'elles soient privées ou publiques¹⁰¹. En construisant la notion d'entreprise au sens des art. 85 et 86, il faut donc veiller à ce que la définition adoptée puisse viser ces deux grandes catégories. Sans se livrer à une étude de l'entreprise publique pour elle-même, on doit simplement observer que pour cette catégorie aussi, c'est comme « unité de gestion » qu'elle va apparaître sujette des règles de concurrence, en tant qu'opérateur indépendant sur un marché donné.

Lorsque l'Etat ou les pouvoirs publics agissent en vertu de leur *imperium*, leur action ne relève pas de l'art. 90 CEE¹⁰². On n'est pas en présence d'une entreprise soumise aux règles de concurrence. Il en est de même pour les *organes* proprement dits de l'Etat¹⁰³. Par contre dès que l'on est en présence d'une unité économique dotée d'une autonomie de gestion suffisante, il s'agit d'une entreprise soumise aux règles de concurrence, que son propriétaire ou exploitant soit une personne privée ou publique¹⁰⁴. *Il n'est pas nécessaire* que l'entreprise possède une *personnalité*

⁹⁸ Cf. texte de la décision, pp. 28-30 et 36 (consid. 10 et 14). Dans l'Arrêt rendu le 21 février 1973 (v. *supra* p. 130), la Cour n'a pas critiqué le raisonnement de la Commission sur ce point.

⁹⁹ Dans ce sens A. Bienaymé, « L'application de l'art. 86 du Traité de Rome dans la décision 'Continental Can Company' », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 8, 1972, pp. 74-75, qui en déduit que la décision : « ... reflète le décalage entre réalité économique et catégories juridiques ; il pose le problème de la définition de l'entreprise. »

¹⁰⁰ Cf. *supra* pp. 80-81 et l'observation déjà présentée sur cette question.

¹⁰¹ Cf. *supra* pp. 53-54.

¹⁰² Dans ce sens J. Megret et alii, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*. Bruxelles, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, vol. 4, Concurrence, par Michel Waelbroeck, 1972, p. 84.

¹⁰³ V. J. de Richemont, *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*. Paris, J.N., 1971, p. 260.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 259.

juridique distincte de l'Etat ¹⁰⁵. En l'absence d'une personnalité juridique distincte mais en présence d'une unité de gestion autonome, il y aurait bien une entreprise, sujette des règles de concurrence. C'est elle qui sera considérée comme auteur matériel de la violation des art. 85 ou 86. En revanche, en ce qui concerne l'application de la sanction, il faudra imputer les actes de ces entreprises à leur propriétaire, soit à l'Etat ¹⁰⁶.

En réalité, l'effet que les actes d'une entreprise peut avoir sur les conditions de concurrence est de même nature, qu'elle appartienne à une personne privée ou publique. Dès qu'elle est dotée d'une *autonomie de gestion suffisante*, toute entreprise contient en soi une *capacité virtuelle à restreindre la concurrence*, aussi bien interne qu'externe. Une concurrence interne peut exister par exemple au sein d'un groupe d'opérateurs économiquement dépendants appartenant au secteur privé aussi bien que public ¹⁰⁷. Quant à la concurrence externe, lorsqu'il est indûment porté atteinte aux conditions de concurrence vis-à-vis des tiers ou sur le marché en général, à la suite du comportement d'opérateurs économiques autonomes, ceux-ci seront considérés comme « entreprise » aux fins de l'application des règles de concurrence même si toute ou partie des unités de gestion impliquées sont des organismes à caractère public, avec ou sans personnalité juridique ¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Dans ce sens, Megret, p. 84, qui se réfère à A.G. Delion, « Le rôle des entreprises publiques dans la C.E.E. », *Cinquième Colloque sur la fusion des Communautés européennes*, Liège, 1970, n° I-1-2.

¹⁰⁶ R. Joliet, « Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la C.E.E. », *Ann. Fac. Droit de Liège*, 1965, p. 64, observe au sujet de certains services étatiques sans personnalité juridique mais formant des « entreprises » distinctes : « En toute hypothèse, il y a un sujet de droit : L'Etat au nom duquel ces services agissent. » Cf. aussi *supra* pp. 202-207.

¹⁰⁷ R.A. Solo, « Intra-Enterprise Conspiracy and the Theory of the Firm », *Journal of Business* (Graduate School of Business, Chicago), 1961, p. 162, fait observer à ce propos les analogies suivantes : « Decentralized functional entities, reflecting the drives and incentives of particular decision-makers, will compete with other members of the same corporate 'family' with other branches of the same bank, with other autos of the same maker, with other whiskies of the same distiller — just as they would compete with agencies outside the company orbit. Similarly with decentralized political agents, for example the Army, the Navy, and the Air Force within the Department of Defense ; when their paths cross and their interests converge on some common objective, they too will compete. »

¹⁰⁸ Megret, p. 84, mentionne le cas des régies non personnalisées en constatant que certains inconvénients peuvent naître d'une application à leur égard des art. 85 et 86.

SECTION II

LIMITES À LA PERSONNIFICATION DE L'ENTREPRISE
EN DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

Dans les divers droits nationaux, le débat sur l'entreprise offre pourrait-on dire l'image suivante. De plus en plus, les juristes prennent conscience de l'existence certaine de l'entreprise comme phénomène économique dont le droit doit tenir compte. Cependant, elle n'a pas automatiquement une individualité d'ordre juridique qui lui permettrait d'être titulaire de droit et d'être tenue par des obligations ¹⁰⁹. Alors, certains ont été tentés de mouler l'entreprise dans l'une ou l'autre des formes juridiques pré-établies qui lui procurerait la capacité juridique qui lui fait défaut. A certains égards, la *société* donne parfois l'illusion de pouvoir jouer ce rôle. Il arrive effectivement que les deux notions se recoupent jusqu'à sembler s'identifier. Toutefois, une telle construction s'achoppe au fait que la société — et plus spécialement la société anonyme — n'est que l'une des organisations juridiques *possibles* de l'entreprise. Il s'agit en outre d'une forme juridique fragmentaire et partielle *qui n'organise que certains aspects de l'entreprise* et ne peut appréhender tous ses éléments constitutifs.

Dès lors, on est bien obligé d'envisager une personnification de l'entreprise *pour elle-même*. Cet objectif ne pourra être complètement atteint que lorsqu'à la suite d'une évolution convergente dans un certain nombre de disciplines particulières, une *définition générale* ¹¹⁰ s'imposera qui soit applicable dans toutes les branches du droit. Alors, en considérant l'entreprise dans la synthèse de ses éléments constitutifs sera-t-il peut-être possible de la relier, éventuellement par des droits réels ou des rapports d'obligations, à des éléments du monde extérieur ou à des personnes de la vie juridique ¹¹¹.

Est-il concevable que le droit européen de la concurrence qui offre tant d'indices sérieux de prise en considération de l'entreprise puisse pousser les effets de sa reconnaissance jusqu'à conférer à l'entreprise une personnalité juridique « ad hoc », aux seules fins de l'application des règles de concurrence ? En parvenant au terme de cette étude, il n'est pas

¹⁰⁹ Paillusseau, p. 102.

¹¹⁰ Cf. Patry, p. 168.

¹¹¹ Selon la démarche suggérée par J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, Paris, Dalloz, t. I, 1954, p. 245. Cf. Patry, p. 169.

possible d'esquiver cette délicate question. On avancera d'abord quelques arguments paraissant justifier une telle éventualité. Puis il faudra tenir compte de tous les obstacles qui en définitive excluent pour l'instant la perspective d'une telle personnification, partielle et limitée.

§ 1. POSSIBILITÉ ET CONDITION D'UNE PERSONNIFICATION DE L'ENTREPRISE.

Si l'évolution aujourd'hui entamée par les organes communautaires est poursuivie jusqu'à son terme, l'entreprise va achever de se détacher progressivement de la personne juridique de son propriétaire. L'indépendance économique tend à être une condition suffisante à la présence d'une entreprise distincte. Cette nouvelle conception conduit à voir en l'entreprise essentiellement une *unité de gestion*. C'est en cette qualité qu'elle est le sujet des règles de concurrence pour tout ce qui touche le « fond du droit ». En revanche, en ce qui concerne « les formes de procédures » ¹¹² — notification, application des sanctions, etc. —, il est encore nécessaire de faire appel à un sujet de droit préexistant. La personnalité juridique de ce dernier va à certains égards se substituer à celle encore défaillante de l'entreprise.

En prenant le recul nécessaire à l'endroit des conceptions traditionnelles de la personnalité morale, il convient d'examiner quels arguments pourraient justifier la thèse audacieuse d'une reconnaissance de l'entreprise par le droit européen de la concurrence allant jusqu'à l'octroi d'une personnalité juridique.

A. *Relativité de la personnalité morale.*

L'octroi de la personnalité morale à l'entreprise peut être envisagé d'autant plus volontiers que l'on prend conscience du *caractère relatif* de la personnification. A cet égard, l'examen de la conception moderne de la personnalité morale élaborée notamment par Kelsen se révèle riche d'enseignements. Selon cette théorie qui dépasse à la fois celle de la réalité et celle de la fiction, l'octroi d'une personnalité morale ne constitue pas autre chose que la personnification des droits et devoirs imputables à un être humain ou à une entité déterminé en vertu de l'ordre juridique compétent ¹¹³. Cette théorie s'oppose donc aux doctrines classiques selon lesquelles l'octroi de la personnalité morale est une *condition sine qua non*

¹¹² Selon les expressions utilisées par Rousseau, v. *supra* p. 206 note 149.

¹¹³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*. Paris (trad. Eisenman), 2^e éd., 1963 ; v. commentaire par L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*. La Haye, Nijhoff, 1969, pp. 7 ss.

pour que l'entité puisse devenir titulaire de droits et de devoirs. Pour Kelsen, la personnalité morale d'une société par exemple *s'identifie avec les droits et obligations de celle-ci*. Elle a donc un caractère relatif puisque son contenu varie en fonction des droits et devoirs attribués, selon des critères particuliers, à chaque organisme ou entité par tel ou tel ordre juridique¹¹⁴. Une entité pourrait donc posséder la personnalité morale *dans certains domaines* et en être privée dans d'autres.

Cette conception offre quelque appui sur la voie d'une personnification de l'entreprise aux fins de l'application des art. 85 et 86. En la mettant en relation avec le principe de l'interprétation téléobjective du Traité¹¹⁵, on peut imaginer un raisonnement nouveau qui renverse l'ordre des propositions contenues dans l'affirmation traditionnelle : le groupe de sociétés et le département n'ont pas de personnalité juridique traditionnelle ; ils ne peuvent donc en aucun cas être des « entreprises » distinctes.

Face à une unité économique dont le comportement apparaît contraire au but du Traité parce que susceptible de restreindre la concurrence et d'affecter le commerce intracommunautaire, on va se prononcer en premier lieu sur la nécessité d'envisager à l'égard de ce comportement l'application des règles de concurrence du Traité. Par conséquent l'entité qui en est l'auteur objectif sera considérée comme une « entreprise » en vue de créer les conditions d'une mise en œuvre des règles du Traité qui soit conforme à ses finalités. Puis, cette qualification même d'« entreprise » — constituant une prise en considération par une disposition légale originale d'une entité économique dépendant d'un sujet de droit traditionnel — emporte une conséquence importante. Elle entraîne *ipso facto* l'attribution d'une personnalité juridique « ad hoc » aux seules fins de la mise en œuvre de cette disposition à l'égard de cette « entreprise ».

Un tel raisonnement suppose d'abord la capacité pour l'ordre juridique communautaire de conférer une personnalité juridique à certaines entités répondant à des critères déterminés. Cette première condition pourrait bien être remplie s'il s'agissait de conférer à l'entreprise une personnalité juridique traditionnelle au contenu global.

¹¹⁴ A.A. Ehrenzweig, *Conflict of Laws*. St. Paul, West Publishing, 1962, p. 408, observe dans ce sens : « ... any legal person is such only in relation to a specific legal issue, such as his capacity to sue..., to be sued..., or to hold property. It is meaningless therefore, to speak of a legal personality in the abstract, just as meaningless as to speak of a person's 'status' in the abstract rather than in relation to a specific incident. »

¹¹⁵ V. *supra* pp. 137 ss.

B. *Capacité de l'ordre juridique communautaire à conférer la personnalité juridique.*

Les traités instituant les Communautés européennes ont établi un ordre juridique propre qui s'impose aux Etats membres. Son application ne peut varier d'un Etat à l'autre par l'effet de mesures qui reposent sur le droit national. La Cour de Justice a consacré le principe de l'application pleine et uniforme du droit communautaire d'où procède sa primauté par rapport aux droits nationaux ¹¹⁶. Cet ordre juridique communautaire a été doté de certaines capacités à créer des sujets de droit. Ainsi l'art. 49 du Traité Euratom prévoit qu'une institution communautaire, le Conseil, a le pouvoir par une simple décision de constituer une personne morale de droit interne. Il s'agit de la procédure prévue pour la création des « entreprises communes » qui jouissent de « la capacité juridique la plus large » reconnue par la législation nationale non seulement dans l'Etat sur le territoire duquel est située l'entreprise, mais dans chacun des Etats membres ¹¹⁷.

Le Traité CEE ne comprend pas de disposition dont on pourrait déduire la capacité pour un organe communautaire d'octroyer la personnalité juridique. En adoptant spécialement le projet de règlement prévu à cet effet, le Conseil de ministres de la CEE pourra prévoir la création de « sociétés européennes » qui sont des sujets de droit rattachés à la fois à l'ordre juridique communautaire et aux ordres juridiques nationaux. La personnalité juridique leur est réservée selon l'art. 1 ch. 4 du Statut des S.E. qui fait devoir aux Etats membres de reconnaître cette personnalité.

Cependant, même si l'on admettait par hypothèse que l'ordre communautaire peut dans certaines circonstances disposer des moyens d'octroyer la personnalité juridique, cela ne veut pas dire qu'il puisse pousser sa reconnaissance de l'entreprise pour elle-même dans l'application des art. 85 et 86 CEE, jusqu'à prévoir sa personnification. En effet, dans la mesure où les entreprises visées par les règles de concurrence peuvent apparaître comme des sujets de droit en leur qualité d'« entreprise », il faut reconnaître qu'il s'agit là de sujets de droit d'un type très particulier.

¹¹⁶ Dans ce sens Commission, *Premier rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles, Luxembourg, 1972, p. 107 n° 129.

¹¹⁷ Cf. les réf. cit. *supra* p. 16 note 24, notamment l'article de Mathijsen.

§ 2. OBSTACLES ET LIMITES À TOUTE PERSONNIFICATION DE L'ENTREPRISE
EN DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE.

Dans les deux exemples envisagés ci-dessus, celui de l'entreprise commune du Traité Euratom et celui de la Société Européenne, l'on assiste à la création de toutes pièces d'un nouveau sujet de droit. Il apparaît relativement simple de prévoir l'octroi par l'ordre communautaire d'une personnalité morale dont la réalité s'impose aux ordres juridiques internes de tous les Etats membres.

Tout différent serait le processus consistant à accorder une personnalité propre à l'« entreprise » en sa qualité de destinataire des règles de concurrence du Traité de Rome. Il ne s'agit pas ici de la *création* d'un organisme juridique nouveau mais bien de la *reconnaissance* par le droit d'une *réalité économique préexistante*. Les juristes qui envisagent de conférer à l'entreprise une structure susceptible de lui permettre une vie juridique normale se trouvent en face d'une tâche très difficile. La difficulté tient d'abord à l'existence propre de l'entreprise en tant que notion économique incontestable. Paillusseau a fort bien montré cet aspect du contenu de l'entreprise en l'opposant notamment à la société :

« L'entreprise est essentiellement différente de la société en ce qu'elle est du « *donné* » alors que la société est du « *construit* ». L'entreprise est une réalité économique qui *préexiste* à la société. » ¹¹⁵

La personnification de l'entreprise s'avère très délicate lorsqu'on l'envisage d'une même manière globale. Mais des obstacles importants empêchent pour l'instant que l'entreprise parvienne dans un domaine limité au rang de sujet de droit, aux seules fins de mise en œuvre des art. 85 et 86.

A. *Objet partiel du droit antitrust.*

Le droit antitrust auquel se rattachent les art. 85 et 86 n'a pas pour but de réglementer dans son ensemble la vie de ses destinataires. Son objet est limité puisqu'il leur prescrit un certain comportement dans la seule mesure nécessaire à la préservation de la liberté des échanges et de la concurrence.

Dans le Traité de Rome, les destinataires des règles de concurrence sont les entreprises. Il est nécessaire de donner au terme « entreprise » un

¹¹⁵ Paillusseau, p. 102.

contenu et une définition propres à permettre une application des règles de concurrence conforme aux finalités du Traité au service duquel sont prévus les art. 85 et 86. En vue d'une fin ainsi circonscrite, la notion d'entreprise qui est en voie de construction place au premier plan *le gouvernement* parmi les principaux éléments constitutifs de la notion économique d'entreprise. A cet égard, elle s'identifie essentiellement à une *unité de gestion*.

D'autres aspects de l'entreprise qui sont fondamentaux au sein de certaines branches du droit restent à l'arrière-plan dans la notion communautaire ainsi élaborée¹¹⁹. Il en est ainsi par exemple de la *communauté de travail* groupant l'ensemble des travailleurs, qui fait de l'entreprise une cellule sociale objet des préoccupations du droit du travail.

Aujourd'hui, l'entreprise n'est pas encore une notion reconnue généralement et uniformément par toutes les branches du droit. Or en approfondissant cette notion dans une branche donnée, en affinant ce concept pour lui permettre de mieux servir les art. 85 et 86, l'on tend à limiter son contenu et, partant, sa portée.

La mise en œuvre des art. 85 et 86 est l'occasion d'une reconnaissance manifeste de l'entreprise en tant que concept juridique original. Toutefois, cette reconnaissance qui détache l'entreprise de la personne de son propriétaire ne débouche pas sur une *notion globale*.

L'application des règles de concurrence fait sans doute monter l'entreprise à la vie juridique. Cette notion doit être reconnue pour elle-même par le droit, si ce dernier veut identifier les acteurs réels qui influencent les conditions du marché pour en définitive prévenir les comportements les plus restrictifs en matière de concurrence. N'envisager que les rapports se nouant entre sujets de droit traditionnel ne permet pas toujours en effet de rendre compte des influences effectives susceptibles de fausser la concurrence dans le marché commun. Un tel comportement peut être le fait aussi bien d'une filiale, que d'un groupe de sociétés pris dans son ensemble, voire même d'un département. Dans un contexte donné, de telles entités doivent pouvoir être considérées comme « entreprise » aux fins de la mise en œuvre des art. 85 et 86, indépendamment de toute détention d'une personnalité juridique traditionnelle.

Cependant, cette reconnaissance de l'entreprise est *partielle et limitée*. Un seul aspect est pris en considération, celui de l'opérateur économique sur le marché qui forme en général une *unité de gestion*.

L'interprète du droit européen ne s'est pas soucié à ce jour de tenir compte des autres aspects de l'entreprise pour rechercher une *définition générale* applicable *pour l'ensemble du droit*.

¹¹⁹ Sur cette constatation cf. *supra* pp. 209-212.

Cette constatation montre le chemin qui sépare encore la prise en considération de l'entreprise par le droit, c'est-à-dire sa reconnaissance en ce qui concerne le *fond du droit*, étape virtuellement atteinte, d'une prochaine étape encore éloignée : celle de la personnification de l'entreprise en tant que sujet de droit achevé, capable de mener formellement une vie juridique normale et complète, c'est-à-dire *d'assumer pour lui-même droits et obligations*.

Pour faire apparaître ce caractère encore *inachevé* de la montée à la vie juridique de l'entreprise, il faut insister sur la *diversité des voies* à travers lesquelles l'entreprise se voit reconnaître une existence propre par le droit. Certaines de ses voies apparaissent même *opposées*. Dans les divers droits positifs européens, l'entreprise est encore très loin d'être un concept juridique homogène et global dont la personnalité s'impose à chacun dans les principales disciplines juridiques. Cette opposition est illustrée par l'exemple suivant.

La reconnaissance de l'unité du groupe de sociétés est *l'un* des moyens privilégiés par lequel l'entreprise parvient à la vie juridique. Si la gestion du groupe de sociétés est menée d'une manière centralisée, sous la conduite d'une direction unifiée ne laissant pas d'autonomie réelle aux filiales dans les domaines intéressant la concurrence, c'est le groupe, malgré son absence de personnalité juridique, qui sera considéré comme « entreprise » aux fins de l'application des art. 85 et 86. Ainsi, la reconnaissance de l'entreprise par le droit de la concurrence passe par celle de la réalité économique du groupe de sociétés.

Or, les enseignements de la célèbre affaire *Fruehauf*¹²⁰ montrent qu'une certaine reconnaissance de l'entreprise, également importante, se dessine sur une base tout à fait différente. L'arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1965 a incontestablement constitué une étape importante dans la voie d'une reconnaissance de la réalité de l'entreprise en tant que notion autonome, se détachant de la personne juridique de son propriétaire. En effet, de manière implicite mais toutefois extrêmement nette, il a été reconnu qu'il existait un intérêt, celui de l'entreprise, qui pouvait dépasser celui de la personne morale qui est son propriétaire¹²¹. Mais l'entreprise

¹²⁰ Affaire *Fruehauf v. Massardy*, Cour d'Appel de Paris, 22 mai 1965 ; v. J.C.P., 1965, II, 14274bis ; C. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*. Paris, Colin, 1970, pp. 82-94 ; W.R. Craig, « Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations Owned by Americans : Reflections on *Fruehauf v. Massardy* », *Harv. L. Rev.*, vol. 83, 1969, pp. 578-601.

¹²¹ Dans ce sens, R. Contin, « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », *D. ch.*, 1968, VI, qui écrit notamment : « Base de l'économie et de la société, l'entité entreprise transcende aujourd'hui et de plus en plus nettement la personnalité de ceux qui la dirigent ou qui ont contribué à lui apporter des fonds. » V. aussi E. Jaudel, « Les tribunaux condamnent-ils le capitalisme ? », *Le Monde*, 30 décembre 1969.

qui voit ici son rôle reconnu par le droit en tant que réalité sociale obtient cette consécration *aux dépens de l'idée d'unité du groupe de sociétés*. L'étude de l'arrêt *Fruehauf* révèle que les mécanismes de contrôle créés par le droit des sociétés ont en quelque sorte été paralysés par la décision du juge. Celui-ci a voulu préserver une *réalité sociale*, l'entreprise *Fruehauf France*, des conséquences funestes qu'aurait entraînées l'exécution fidèle des instructions émanant de ses « contrôlaires » américains.

En revanche, c'est précisément le bon fonctionnement de ces mécanismes de contrôle qui permet effectivement la direction centralisée de toutes les sociétés d'un même groupe. Il crée ainsi la dépendances économique des filiales avec pour corollaire la prise en considération du groupe de sociétés comme « entreprise » unique aux fins de l'application des art. 85 et 86.

Envisagée en tant que réalité sociale ou *communauté de travail* avec pour objet la protection des intérêts de son personnel, l'« entreprise » peut être reconnue par le droit *aux dépens de l'affirmation de l'unité de groupe*. En revanche, le droit de la concurrence qui ne tient compte que des réalités économiques et commerciales ne peut qu'enregistrer que le groupe de sociétés à direction centralisée forme une seule *unité de gestion* pour en tirer les effets juridiques nécessaires. On doit donc traiter le groupe comme une « entreprise » unique malgré la diversité des personnes juridiques qui en font partie.

L'entreprise accède donc à la vie juridique selon des voies diverses. Il n'y a pas pour l'instant de *convergence* vers une notion globale. On constate plutôt que plusieurs notions sont progressivement captées par certains droits *sans qu'il soit encore possible de dégager des critères communs* susceptible de révéler la présence d'une entreprise.

B. Caractère partiel de l'intégration : incidence des conceptions nationales sur la mise en œuvre du droit communautaire.

Malgré le développement progressif de sa sphère d'application, *l'ordre communautaire* est encore loin de présenter un domaine d'effectivité aussi complet que celui des divers *ordres juridiques nationaux*. Un système juridique national forme un tout homogène. Des règles de droit interne sont prévues pour réglementer tous les aspects du comportement prescrit aux divers sujets de droit de leur naissance à leur disparition. On a dû élaborer des mécanisme pour permettre à ces sujets d'exercer des droits, contracter des obligations, ester en justice, être l'objet de sanctions, en définitive mener une vie juridique normale et complète.

Dans ce *cadre national achevé*, l'accession de l'entreprise à la vie juridique est facilitée à certains égards. La jurisprudence va selon les cir-

constances attribuer à l'entreprise une personnalité juridique dont la reconnaissance va s'imposer aux tribunaux¹²². Sans lui attribuer de personnalité, un droit national peut reconnaître la réalité de l'entreprise en lui prescrivant par exemple l'inscription au registre du commerce¹²³.

La reconnaissance de l'entreprise par l'ordre juridique est rendue plus difficile lorsqu'il s'agit d'un ordre communautaire créé dans le cadre d'une communauté qui n'a pas encore atteint un stade d'intégration comparable à celui des Etats, même de type fédératif. L'ordre juridique communautaire comprend des normes qui s'imposent entre autres aux entreprises. Ces dernières sont ainsi directement soumises aux règles de concurrence du Traité de Rome. Les art. 85 et 86 CEE sont applicables immédiatement aux entreprises par les tribunaux nationaux. Cependant, l'ordre communautaire n'est pas entièrement autonome puisqu'il dépend encore dans une mesure importante du contenu des ordres juridiques nationaux. Ainsi, lorsque la Commission prend une décision, elle n'a pas le pouvoir effectif de la faire exécuter elle-même à l'encontre d'une entreprise jugée coupable d'une violation des règles de concurrence. En cas d'exécution forcée, celle-ci est confiée aux Etats membres selon leurs propres règles de procédure civile¹²⁴. Il en est de même pour l'exécution des arrêts de la Cour de Justice¹²⁵.

Ce concours nécessaire des autorités nationales n'est qu'un des reflets du caractère partiel de l'intégration au sein du Marché commun. Il a des incidences¹²⁶ sur la notion d'entreprise et sa reconnaissance par le droit. En effet dans l'application des art. 85 et 86, en ce qui concerne le *fond du droit*, on assiste à une reconnaissance indéniable de l'entreprise. Sur ce plan, le droit communautaire est en mesure d'accepter pleinement l'entreprise comme concept juridique autonome. Il n'est pas tributaire des diverses conceptions de l'entreprise élaborées dans les droits internes des pays membres et ne souffre pas de l'absence de personnalité juridique de l'entreprise selon l'ordre juridique du ou des pays dans lesquels elle dé-

¹²² V. en droit français M. Despax, *L'entreprise et le droit*. Thèse de Toulouse. Paris, L.G.D.J., 1957, p. 377 qui invoque notamment l'arrêt célèbre de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954, *D.*, 1954, p. 217. V. en droit allemand T. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*. Berlin, de Gruyter, 1969, pp. 166 ss.

¹²³ En droit suisse cf. l'art. 56 de l'Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937 qui prescrit que les diverses entreprises exploitées par une même personne juridique doivent chacune être inscrite sur le registre du commerce. V. Patry, p. 177.

¹²⁴ Cf. art. 192 CEE.

¹²⁵ Cf. art. 187 CEE.

¹²⁶ Celles-ci ont fait l'objet de l'étude de G. Bebr, « The concept of enterprise under the European Communities : legal effects of partial integration », *Law and Contemp. Prob.*, vol. 26, 1961, pp. 454-463.

ploie son activité. En revanche, pour tout ce qui touche à la *reconnaissance formelle* ¹²⁷ de l'entreprise par le droit, c'est-à-dire la détermination du destinataire d'une décision, la procédure de notification, l'application de sanctions éventuelles, le droit communautaire est obligé de *s'adapter* au statut de l'entreprise au sein des divers droits nationaux ¹²⁸. Dans la mesure où ces derniers n'ont en général *pas encore construit la notion juridique d'entreprise*, pour ce deuxième aspect d'ordre formel, la reconnaissance de l'entreprise n'est pas encore rendue possible. Dès lors, c'est le sujet de droit qui en est le propriétaire qui va être considéré formellement comme l'entreprise sujette de la règle de concurrence ¹²⁹.

Dépendant des conceptions de droit interne pour tout ce qui concerne l'identification formelle des sujets de ses règles, le droit communautaire ne fait ici que subir les conséquences d'un développement inachevé de la personnalité des entreprises dans les droits nationaux des pays membres. Ceux-ci qui prennent de plus en plus conscience de la réalité économique de l'entreprise se tournent encore vers la personne de son propriétaire lorsqu'il s'agit de lui faire supporter juridiquement les conséquences de son comportement ¹³⁰.

C. *Homogénéité insuffisante des intérêts à grouper par le procédé technique de la personnification.*

La notion d'entreprise qui se révèle dans la mise en œuvre des art. 85 et 86 a été assimilée à une *unité de gestion autonome*. Elle constitue à ce titre une entité dont l'emprise juridique est partielle et limitée. En effet, en tant que réalité économique, cette unité de gestion ne devient le sujet d'une norme juridique que dans un *domaine particulier*, celui du droit de la concurrence.

¹²⁷ On a déjà insisté sur ces deux niveaux de prise en considération de l'entreprise par le droit, v. *supra* pp. 110-114 et p. 206.

¹²⁸ Cf. aussi *supra* p. 33 note 52 et p. 136 note 61. Citation de Abraham.

¹²⁹ Bebr, p. 455, a fait cette même constatation pour les autres traités communautaires : « As a result of partial integration as provided for by the E.C.S.C. and Euratom Treaties, the legal and economic aspects of an enterprise need not necessarily coincide. Its economic aspect delimits the competence of the quasi-legislative and regulatory powers of the E.C.S.C. and Euratom in relation to national economies, that remain under the Member States' jurisdiction. The legal concept of enterprise, on the other hand, points to the legal person that may act *on behalf of the economic unit* before the Community Court. At first, such a splitting of the concept of enterprise in its economic and legal aspects may seem arbitrary ... this « split » concept is but the unavoidable consequence of a partial economic integration. »

¹³⁰ *Ibid.* : « Even though they developed their own concept of enterprise suitable to the goals they pursue, when it comes to the question of ability to sue or be sued, they necessarily resort to the traditional legal concept. »

Il n'y a pas dans cette notion une communauté d'intérêts suffisamment *homogène* pour devoir être groupée par la technique de la personnalité morale. L'élément constitutif caractéristique de cette notion c'est le *gouvernement* qui va exprimer une *volonté* autonome avec pour effet une influence sur les conditions de la concurrence. La volonté est une qualité essentielle qui pourrait justifier à elle seule l'octroi d'une personnalité juridique. Cependant, si *elle est envisagée isolément* et si ne s'y ajoutent pas dans le cadre d'un groupement homogène d'autres éléments plus stables comme le patrimoine, la communauté de travail, l'intérêt, alors l'entreprise ainsi limitée voire *appauvrie* apparaît une notion trop *fluctuante* pour acquérir la personnalité juridique. Cette personnalité doit être le gage d'une certaine *sécurité* qui suppose une relative *permanence* dans les intérêts ainsi groupés. Or, précisément parce qu'elle est conçue aux fins de représenter le plus fidèlement possible l'opérateur économique autonome *à un moment donné et sur un marché donné*, cette notion d'entreprise au sens des art. 85 et 86 est avant tout *mouvante et fluide*. Telles filiales qui à une époque donnée sont chacune des « entreprises » car dotées de pouvoirs suffisants pour constituer des unités de gestion autonome peuvent brusquement être privées de ces pouvoirs et se fondre au sein d'une nouvelle entreprise correspondant au groupe de sociétés.

Le moteur d'une telle transformation réside dans les principes de gestion et de planification adoptés par la direction du groupe. Il appartient au domaine économique. Nulle institution juridique, telle que par exemple un « registre européen des entreprises », ne peut révéler aux tiers qu'une société dominée constitue à un moment donné une entreprise distincte aux fins de l'application des règles de concurrence. Cette qualité d'entreprise distincte ne se manifeste que dans la mise en œuvre effective des art. 85 et 86 par les organes administratifs ou judiciaires. A supposer même qu'un tel registre existe qui permette d'identifier tous les sujets distincts du droit européen de la concurrence, il conviendrait évidemment qu'il puisse comprendre non pas seulement les entreprises exploitées dans le Marché commun mais toutes celles qui peuvent être soumises aux règles de concurrence du Traité. Il faudrait alors tenir compte du fait que dans le monde entier, toute « entreprise » a vocation à être un jour un sujet effectif des règles de concurrence du Traité de Rome dans la mesure où il se peut qu'elle adopte, seule ou avec d'autres entreprises, un comportement dont les effets restrictifs de concurrence se feront sentir sur le territoire de la Communauté.

Les critères qui doivent permettre d'identifier les entreprises pour leur appliquer les art. 85 et 86 sont particuliers et originaux. Ils *s'accommodent mal* du procédé technique de la personnification qui dans d'autres bran-

ches du droit apparaît comme le seul moyen de déterminer les destinataires des règles juridiques.

D. Solution moyenne et transitoire : reconnaissance d'une personnalité limitée.

Il n'est pas impossible qu'un jour l'entreprise soit dotée par les juristes d'une personnalité propre. Cependant, de grosses difficultés se dressent devant une telle personnification. Aussi ce stade ne sera-t-il atteint que lorsque les *ordres juridiques nationaux* au sein des diverses branches du droit auront construit un statut juridique de l'entreprise basé sur une définition globale imposant une reconnaissance complète par le droit.

Ce n'est pas une telle notion qui se construit à travers la mise en œuvre des art. 85 et 86. Définissant et analysant l'entreprise en profondeur mais dans une partie seulement de ses éléments constitutifs possibles, le droit européen de la concurrence est néanmoins l'occasion pour l'entreprise d'apparaître comme une *nouvelle catégorie juridique* même si elle est privée d'une personnalité propre.

Refusant d'appliquer les art. 85 et 86 aux seuls *propriétaires* des entreprises, le droit européen de la concurrence a saisi, pour tout ce qui concerne le *fond du droit*, les entreprises pour elles-mêmes. Chaque fois qu'un gouvernement à la volonté libre révèle une unité de gestion autonome, existe une entreprise distincte qui ne doit pas être cachée par la propriété aux yeux de l'interprète du droit européen. Cette affirmation de l'entreprise comme *sujet de droit naissant* est une solution *transitoire* qui permet aux juristes, en dépassant certaines notions traditionnelles, de se familiariser avec un concept nouveau. Ce n'est que progressivement, pour autant que les principales disciplines juridiques approfondissent parallèlement cette notion, que pourra peut-être se construire un véritable *statut juridique de l'entreprise*. Dans cette construction pouvant aboutir à la personnification de l'entreprise, l'expérience du droit européen de la concurrence constitue sans doute une contribution originale et irremplaçable.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de la présente étude, on cherchera à en dégager quelques enseignements plutôt que d'imposer au lecteur un fastidieux résumé¹ des trois étapes de l'évolution de l'entreprise qui ont servi de trame à l'exposé. Ces enseignements à tirer en guise de conclusion peuvent se situer sur *deux plans* qu'on abordera successivement en portant l'accent sur le second. D'abord le plan *théorique*, soit *l'apport* du droit européen de la concurrence à la *construction de la notion d'entreprise*. Ensuite le plan *pratique*, soit *les implications pour la conduite des entreprises multinationales*, d'une évolution conduisant à traiter le groupe de sociétés comme entreprise unique dans la mise en œuvre des règles de concurrence.

1. Enseignements théoriques : apport limité à la construction du statut juridique de l'entreprise.

Le droit européen de la concurrence est l'occasion d'une *prudente* mais *incontestable montée à la vie juridique de l'entreprise*. L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome tend à révéler de nouveaux sujets de droit, les « entreprises » qui s'identifient désormais essentiellement à des *unités de gestion*² autonomes plutôt qu'à des personnes morales traditionnelles. Certes, l'entreprise coïncide souvent avec la personne juridique de son propriétaire. *Mais cela n'est plus nécessairement le cas*. Certains sujets de droit traditionnels qui n'ont que l'existence *juridique* que veut bien tolérer leur propriétaire ne possèdent pas une réalité suffisante pour constituer une entreprise. A l'inverse, on ne peut exclure que des entités *économiques* sans personnalité juridique propre puissent — de par la seule affirmation d'une consistance et d'un pouvoir réel — être reconnues comme autant d'entreprises distinctes.

Cependant cette reconnaissance progressive d'une notion d'entreprise autonome *ne débouche pas encore sur une personnification de l'entreprise*. Sans doute le droit européen de la concurrence a-t-il déjà posé plusieurs

¹ Pour un rappel de la démarche centrale présidant aux trois parties de la présente étude, v. *supra* Introduction pp. 5-8.

² V. *supra* pp. 209-236, spéc. pp. 230-236.

jalons importants sur cette voie en favorisant la prise de conscience par les juristes d'un phénomène original. Il n'entend cependant pas faire de l'entreprise une nouvelle catégorie juridique au même titre que la société ou d'autres personnes juridiques traditionnelles. L'objet, partiel, de tout droit antitrust, les limites de l'intégration réalisée au sein de la Communauté et l'absence d'une notion homogène et globale de l'entreprise apparaissent comme autant de raisons qui expliquent pourquoi l'entreprise ne peut aujourd'hui se voir doter d'une personnalité juridique pleine et entière³. Seul l'aboutissement d'une évolution générale de l'entreprise dans les principales branches du droit aux niveaux nationaux et communautaire pourra conduire un jour à l'élaboration d'un véritable statut juridique de l'entreprise. L'apport du droit européen de la concurrence à une telle construction apparaît donc limité. Il suscite néanmoins une *prise de conscience d'un des aspects fondamentaux de l'entreprise* envisagée comme sujet du droit de la concurrence. Dans la confrontation des groupes de sociétés avec les articles 85 et 86 CEE, l'entreprise se révèle en tant qu'unité de gestion autonome — juridiquement indépendante ou dépendante — se comportant comme un opérateur économique distinct sur un marché et à un moment donnés⁴.

2. Enseignement pratiques : conséquences pour l'activité des groupes de sociétés.

Concrètement, cette montée à la vie juridique de l'entreprise influe directement sur des décisions capitales des dirigeants d'entreprises opérant sur le Marché commun. Dans *deux catégories de décisions*, ils devront tenir compte de la tendance à la dépersonnalisation des filiales⁵ au profit de l'entreprise unique constituée par le groupe⁶. D'une part, au moment *du choix d'une structure et d'une méthode d'opération à travers le Marché commun*, c'est notamment après avoir évalué les risques respectifs posés par les articles 85 et 86 que l'on décidera la création de diverses filiales dans les pays membres, ou qu'au contraire l'on tranchera en faveur d'autres méthodes de pénétration à travers la CEE, telles que succursale, agent, négociant indépendant, exportation directe des produits, etc.⁷. D'autre

³ V. *supra* pp. 241-248.

⁴ Cf. la définition indiquée *supra* p. 233.

⁵ Dans tout débat sur la notion d'entreprise, et notamment lors de l'application des articles 85 et 86 CEE, « le nœud de la discussion réside précisément dans le problème des filiales ». V. Y. Lambert-Faivre, « L'entreprise et ses formes juridiques », *Rev. trim. dr. com.*, vol. 21, 1968, p. 973.

⁶ Cette tendance a été dégagée par la Commission (v. *supra* pp. 85-109) et s'est vue confirmée par la Cour de Justice (v. *supra* pp. 123-131).

⁷ V. E.A. Forcione, « Intra-enterprise conspiracy under the Antitrust Regulations of the Common Market », *Bus. Law.*, vol. 25, 1970, pp. 1434-1435.

part, si le choix des filiales s'impose de toute manière pour *d'autres motifs*, ou si elles sont préexistantes, il s'agira de choisir des *modes d'organisation et de gestion des groupes de sociétés* qui préviennent au maximum les risques de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence.

Il est évident que la présence des règles communautaires de concurrence *n'est que l'un des éléments* parmi tous ceux dont les dirigeants d'une entreprise multinationale doivent tenir compte à l'occasion du choix tant d'une *structure juridique* d'opération que du *degré de contrôle* des unités de décision, dans le Marché commun ⁸.

Face à la tendance des organes de la Communauté à voir dans le groupe une seule entreprise, des réactions différentes s'imposent selon que l'on envisage la menace de *l'article 85* ou celle de *l'article 86*. Dans les deux cas, on doit déduire *quelques règles de conduite* des entreprises multinationales opérant sur le Marché commun.

A. *Unité d'entreprise et conduite centralisée : condition d'une non-application de l'article 85.*

Pour le conseiller juridique du groupe de sociétés, l'émergence d'une nouvelle notion communautaire d'entreprise est d'abord le gage d'une *soustraction* du domaine de *l'article 85*, des accords et pratiques intra-groupes. Au sein d'une seule et même entreprise formée par le groupe, il n'y a évidemment pas place pour des « accords entre entreprises ». Encore faudra-t-il pour justifier ce point de vue que les activités des diverses filiales soient coordonnées d'une manière suffisamment étroite et ferme. Ce n'est qu'à cette condition que le groupe en tant que tel, et non pas chaque filiale, peut apparaître comme « unité de gestion autonome ».

L'on écartera absolument ⁹ la menace d'une application de cette disposition à l'encontre des accords ou pratiques se développant à l'intérieur du groupe si chaque filiale est dotée de si peu d'autonomie qu'elle ne constitue au fond que le prolongement des activités de la société mère au même

⁸ On pourrait penser que ce facteur, qui seul nous intéresse ici, est très secondaire par rapport à d'autres, comme par exemple l'aspect fiscal, qui eux seraient déterminants (v. *infra* pp. 253-254). Or un tel jugement ne correspond pas à la réalité. Bien qu'il soit très difficile d'apprécier l'importance respective des divers éléments qui sont alors pris en considération, l'expérience ancienne des Etats-Unis et celle plus récente de la CEE tend en effet à montrer que le poids des lois antitrust est souvent considérable.

⁹ Dans l'état actuel de la jurisprudence, la prise en considération de certains groupes comme une seule entreprise, empêchant la soumission à *l'article 85* de ces accords intragroupes, n'est pas encore une donnée suffisamment stable et sûre pour que l'on puisse déjà suggérer de renoncer définitivement à la *notification* de tels accords, surtout lorsque la dépendance économique des filiales n'est pas totale.

titre qu'une succursale¹⁰. Il faudra donc réussir à convaincre les autorités communautaires que la structure plurisociétaire de l'entreprise est conservée pour des motifs contingents¹¹ et, qu'en dépit de personnes juridiques distinctes, *l'unité d'entreprise est économiquement plus fondée* que dans le cas d'une fusion de diverses filiales absorbées par la société mère puis largement décentralisées sur le plan économique. Pour pouvoir être en mesure le moment venu de plaider avec succès une telle thèse, les dirigeants du groupe devraient en permanence assurer un système de gestion et de contrôle des filiales privant celles-ci d'une très large part de leur indépendance économique. On veillera surtout à prévenir toute décision autonome de la filiale dans des domaines intéressant la concurrence. Les *contacts directs et la concertation* entre sociétés contrôlées devront être évités autant que possible. La *coordination* nécessaire des activités du groupe devrait résulter exclusivement de la *direction centrale*¹². Lorsque les règles de droit des sociétés le permettent¹³, la société mère *prescriera* leur comportement aux filiales à l'aide de directives et d'instructions obligatoires et non pas suite à une discussion entre partenaires¹⁴.

La réalisation de tels principes de commandement est de nature à prévenir l'application de l'article 85 à l'encontre des accords intragroupes. Mais elle se heurte à plusieurs difficultés. En effet, elle n'est pas toujours *compatible avec d'autres impératifs d'ordre économique, psychologique et juridique* dont on citera ici quelques-uns.

¹⁰ Sur les conditions de l'attestation négative octroyée par la Commission dans sa décision *Christiani & Nielsen*, v. *supra* p. 97.

¹¹ J.F. Besson, *Les groupes industriels et l'Europe. L'expérience de la CECA*. Paris, P.U.F., 1962, p. 44, observe ainsi : « Quant à l'aménagement interne de ces ensembles, formés d'un réseau de participations, les causes qui font éviter la fusion complète tiennent à des avantages de malléabilité, de décentralisation, de spécialisation des tâches entre les filiales, ou à des possibilités de camouflage, de secret et à des pratiques financières plus commodes et moins coûteuses. »

¹² Pour le droit allemand, W. Harms, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Köln, Heymanns, 1968, p. 63, insiste sur le fait que la coordination doit dépendre des « seules décisions » du Président de la société dominante du Konzern (« ... notwendige Koordinierungen nur durch 'einsame Entscheidungen' des Präsidenten der Konzernspitze... »).

Pour le droit américain, D.G. Kempf, « Bathub Conspiracies : Has Seagram Distilled a More Potent Brew ? », *Bus. Law.*, vol. 24, 1968, p. 181, montre que dans les domaines où les filiales jouissaient par le passé d'autonomie, il faudra s'efforcer de la maintenir. Si une action collective des sociétés du groupe est rendue nécessaire, il est alors souhaitable : « that consultation and consensus be initiated, directed and controlled from the highest echelon, and that the eventual decision or action bear the firm and unmistakable imprint of the parent. »

¹³ V. *supra* p. 98.

¹⁴ Dans ce sens, J. Temple Lang, *The Common Market and Common Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1966, p. 387.

D'abord l'expérience révèle que la *gestion des entreprises multinationales* exige en général, pour être la plus efficace, une structure et une politique dite de « décentralisation fédérative ». Celle-ci réalise un *compromis* entre la soumission et l'indépendance totale des unités de décision ¹⁵. Or il se trouve que c'est précisément ce moyen terme, cette indépendance dans l'interdépendance, qui suscite des *risques* non négligeables de mise en œuvre de l'article 85 à l'égard des relations intragroupes. Pour éviter toute possibilité d'application de cette disposition, le groupe devrait en effet choisir nettement entre *deux solutions extrêmes* : soit une conduite absolument *centralisée* des opérations de l'ensemble du groupe, ce dernier formant alors incontestablement une seule et même entreprise ; soit l'octroi d'une *indépendance totale* à chacune des filiales avec pour corollaire l'acceptation sans restriction de la *concurrence interne* qui se développera alors librement entre membres du groupe. Ainsi, la subordination aux impératifs des règles de concurrence du choix de la méthode de gestion du groupe pourrait conduire à choisir des solutions qui ne seraient probablement pas celles que commande un rendement optimum de l'entreprise multinationale ¹⁶.

Outre ces effets négatifs pour l'efficacité de la gestion, la soumission étroite de la filiale aux ordres de la société mère peut ensuite *ternir l'image* (« goodwill ») ¹⁷ que possédait dans son pays d'établissement une filiale donnée. Il sera moins facile d'accréditer l'idée que les produits manufacturés par cette filiale émanent d'une société « nationale » ou « indigène » et non pas d'un groupe « étranger ». En outre, l'étroitesse des liens de subordination peut faire naître des *problèmes politiques*, spécialement s'il existe des actionnaires minoritaires locaux ¹⁸. Elle est aussi de nature à porter atteinte au moral du *personnel* ¹⁹.

¹⁵ Sur cette question, v. *supra* pp. 191 et 230.

¹⁶ J. Treeck, « Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht », *B.B. A.W.D.*, 1969, pp. 367-368, souligne ainsi certains effets négatifs de la règle de concurrence. La menace qu'elle constitue empêche la souplesse nécessaire à la conduite des groupes : « Die intra-enterprise conspiracy Doktrin stellt verbundene Unternehmen vor die Alternative einer straff zentralisierten oder unwiderprüflich dezentralisierten Konzernstruktur. Diese Alternative ist wirtschaftlich unerwünscht. Für einen Konzern, der aus den oben genannten Gründen eine Dezentralisation mit internem Wettbewerb grundsätzlich für vorteilhaft hält, mag es notwendig sein, zu bestimmten Zeiten, auf bestimmten Märkten oder für bestimmte Produkte eine zentral gesteuerte Marktpolitik durchzuführen. »

¹⁷ R. Nicole, « Les répercussions de l'article 85 du Traité de Rome et ses règlements d'application sur les contrats de licences entre sociétés alliées », *Revue économique et sociale*, vol. 22, 1964, p. 30.

¹⁸ Temple Lang, p. 387.

¹⁹ V. Forcione, p. 1436. Cet auteur relève cependant une conséquence éventuellement favorable de la présence des règles de concurrence. Dans une phase de réorganisation du groupe, la menace qu'elles font peser peut servir de

Par ailleurs, la conduite centralisée des opérations du groupe accroît les risques de voir la société mère *solidairement responsable des dettes des filiales*²⁰. Cette solidarité est expressément prévue dans le cadre de la réglementation des groupes de sociétés, à l'art. 239 du projet de statut des « sociétés anonymes européennes », à propos de la protection des « entreprises dépendantes » au sens du statut²¹.

Enfin, il faut évidemment tenir compte des *incidences fiscales qui peuvent parfois* faire renoncer à une intégration étroite de toutes les opérations du groupe. Ainsi le danger de voir la filiale considérée comme un « établissement stable » selon certaines lois nationales ou traitée de double imposition doit-il être pris en considération²².

B. Les risques accrus d'une application de l'article 86 : corollaire d'une gestion centralisée des groupes de sociétés.

Prôné par certains avocats des groupes de sociétés²³, l'avènement d'une notion d'entreprise nouvelle basée sur les réalités économiques n'aboutit pas qu'à une limitation de l'empire des règles de concurrence. A la *réduction* des cas d'application de l'article 85 qu'entraîne cette évolution correspond parallèlement une *augmentation*²⁴ du domaine de l'article 86. En outre, la centralisation de l'autorité réalisée au sein du groupe pour démontrer la présence d'une entreprise unique aux fins de l'application de l'article 85 peut accroître les risques de soumission à l'article 86. La menace que cette dernière disposition fait planer sur toute entreprise

prétexte pour justifier un contrôle plus ferme de la part de la direction centrale. « ... Such risks can often be cited in justification of desirable organizational changes which may be unpopular at the local level. » (p. 1439)

²⁰ On a vu également (v. *supra* p. 128) que l'absence de liberté de décision chez les filiales peut fonder la compétence des organes communautaires à l'égard de la société dominante, lorsque celle-ci est située en dehors du Marché commun, le groupe étant traité comme entreprise unique.

²¹ V. art. 6, 223 et 229 du Statut. Cf. aussi A. Petitpierre-Sauvain, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, Georg, 1972, p. 140 n° 185. (Etudes suisses de droit européen, vol. 7.)

²² Dans ce sens Temple Lang, p. 387 ; Forcione, p. 1436. Nicole, p. 30, s'exprime ainsi sur ce sujet : « Les autorités fiscales en Europe, qui ont en général imposé jusqu'à ce jour les sociétés alliées séparément l'une de l'autre, pourraient être amenées à les traiter comme formant un tout et en particulier à ne plus admettre la déduction des redevances dans le calcul du bénéfice imposable. Si les intérêts financiers en jeu étaient suffisamment importants, des entreprises pourraient par conséquent devoir renoncer à faire valoir l'argument de dépendance dans la procédure anti-cartellaire. »

²³ Sur les plaidoyers des avocats des groupes de sociétés dans les affaires sur la péréquation de la ferraille devant la Cour de Justice, v. *supra* pp. 33-35.

²⁴ Sur cette observation, cf. *supra* pp. 151 et 201.

multinationale se rapproche avec d'autant plus de force que l'emprise de la société mère sur ses filiales sera plus étroite et plus pesante.

On admet en effet que toute limitation de l'indépendance économique des filiales dans le cadre de la coordination des activités du groupe peut faciliter la réalisation d'une « position dominante »²⁵. Comme on l'a vu, c'est la prise en considération du groupe comme entreprise unique qui, dans certains cas, permet la mise en œuvre de l'article 86²⁶. La Commission a dû refuser de tenir compte des personnalités juridiques distinctes des membres du groupe *Continental Can*²⁷, considéré comme une seule entreprise, pour pouvoir justifier la mise en œuvre à son égard de l'article 86, alors que la position dominante et l'acte constitutif de l'abus étaient le fait de deux sociétés distinctes, une troisième se voyant notifier la décision. Bien que cela ne ressorte pas du texte de la décision²⁸, on peut penser que la Commission n'aurait pas décidé d'appliquer l'article 86 dans un tel cas si chaque membre du groupe lui avait paru jouir d'une réelle autonomie économique, l'achat des actions TDV étant le résultat d'une décision libre d'Europemballage et non pas l'exécution d'instructions obligatoires reçues de sa société mère.

En raffermissant leur autorité sur les filiales pour apparaître comme entreprise unique et éviter toute application de l'article 85 aux accords et pratiques internes, les sociétés mères contribuent par là même à créer les conditions d'une mise en œuvre de l'article 86.

²⁵ Il sera généralement plus aisé de considérer que le groupe détient une position dominante si les filiales sont de simples auxiliaires de la société mère que si elles se trouvent en situation de concurrence les unes à l'égard des autres. V. Forcione, p. 1440.

J.P. Dubois, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la CEE*. Paris, Librairies techniques, 1968, p. 177, remarque à ce sujet : « Il résulte du type de relations entre entreprises, s'il n'y a pas concurrence entre elles, que la position dominante est facile à établir. » Il ajoute toutefois plus loin avec prudence : « ...plusieurs entreprises peuvent jouir d'une position dominante même si la concurrence joue entre elles. »

²⁶ V. *supra* pp. 103-108 et cf. J. de Richemont, « Article 86 du Traité C.E.E. : L'abus de position dominante », *Dr. et Aff.*, n° 175, 15.5.1970, Doc. n° 15/70, p. 5 : « Cependant cette entreprise abusive doit être déterminée pour savoir à qui doit être imputé l'abus ! La notion 'juridique' de l'entreprise, défavorable pour les particuliers en matière d'entente, les favoriserait au contraire en matière de position dominante. »

²⁷ V. *supra* p. 102 note 55.

²⁸ V. *supra* p. 103 les critiques adressées sur ce point par Focsaneanu à la Commission pour n'avoir pas établi une *participation directe* de la société mère aux actes et comportements incriminés. Cf. aussi *supra* p. 234.

Pour échapper aux règles de concurrence du Traité de Rome, la voie qui s'offre aux entreprises multinationales est donc étroite²⁹. Il leur faut d'une part apparaître à tout prix comme entreprise unique. C'est là une condition essentielle pour éviter que l'application de l'article 85 n'entraîne une paralysie de leurs activités. Celles-ci reposent en effet dans une large mesure sur tout un réseau de relations intragroupes dont les effets objectivement restrictifs ne sont souvent pas contestables³⁰. Mais d'autre part, en s'éloignant d'un danger aujourd'hui moins brûlant, l'entreprise multinationale devra veiller à ne pas se rapprocher d'un péril plus actuel : l'aggravation des risques d'abus d'une position dominante que porte en germes toute gestion autoritaire, réduisant à néant la personnalité des filiales.

²⁹ Cf. D. Payne, « The European Operations of the Eastman Kodak Company ». Genève, Institut d'Etudes Européennes, 1967, p. 118 (Etude ronéotypée, présentée dans le cadre du séminaire du Prof. H. Schwamm) : « Also, by merely showing an inter-relationship and dependence of each associate company for the others, the restrictions of the Treaty of Rome are effectively by-passed as Kodak's European operations could be classed as *lying somewhere between being a single dominant entity and a group of individual firms in collusion with each other.* » (C'est nous qui soulignons.)

³⁰ V. *supra* pp. 148-150.

ZUSAMMENFASSUNG

Während langer Zeit ignorierten Gesetzgebung, Doktrin und Rechtsprechung den Begriff des Unternehmens beinahe völlig. Das Unternehmen wurde nicht als selbständige Einheit sondern bloss als Gegenstand von Vermögensrechten betrachtet. Erst unter dem Einfluss von Nationalökonomie und Soziologie würdigten einzelne Juristen nach und nach das Unternehmen als besondere wirtschaftliche und soziale Erscheinung. In der Tat hebt sich das Unternehmen von seinem rechtlichen Träger ab, wenn man es als Produktions-, Güterverteilungs- und Dienstleistungseinheit sowie als eine mit gewisser Selbständigkeit ausgestattete Arbeitsgemeinschaft betrachtet.

Der ökonomische Begriff des Unternehmens hat in die verschiedenen Rechtsgebiete in unterschiedlicher Weise Eingang gefunden. Zunächst wurde das Unternehmen im Arbeits- und Sozialrecht in den Rang eines eigenständigen juristischen Gebildes erhoben. Sodann wiesen andere Rechtsgebiete, insbesondere das Steuer- und das Konkursrecht, dem Unternehmen einen besonderen Platz zu.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es zu prüfen, welche Bedeutung dem Unternehmensbegriff im Gebiet des *EWG-Kartellrechts* zukommt. Die Herausbildung eines allgemeinen, für das gesamte Recht gültigen Unternehmensbegriffs liegt noch in weiter Ferne, und es ist zudem fraglich, ob ein solcher allgemeingültiger Rechtsbegriff überhaupt nützlich wäre. Im gegenwärtigen Zeitpunkt scheint es indessen angezeigt, zu analysieren, wie weit das Unternehmen in einem bestimmten Rechtsgebiet verselbständigt ist. Eine solche Bestandesaufnahme weist zwei Aspekte auf: in theoretischer Hinsicht entspricht sie der zunehmenden Tendenz, das Unternehmen als Rechtsgebilde zu anerkennen; in praktischer Hinsicht hängt von der Definition des Unternehmens weitgehend ab, auf welche Weise die im Römervertrag enthaltenen Wettbewerbsregelungen auf Konzerne angewendet werden.

ERSTER TEIL

I

Die seit 1952 entwickelte Praxis zum Montan-Unions-Vertrag zeigt, dass die Gemeinschaftsorgane in bestimmten Fällen geneigt sind, für das Gemeinschaftsrecht den Begriff eines verselbständigten, von seinem rechtlichen Träger gelösten Unternehmens anzunehmen. Im Gegensatz zu

dieser Tendenz stehen immerhin die Einfuhrschrott-Entscheide des Europäischen Gerichtshofes, in denen die Auffassung abgelehnt wurde, dass eine Mehrheit von wirtschaftlich und geographisch integrierten Rechtssubjekten als Unternehmenseinheit behandelt werden könnte. In diesem freilich sehr speziellen Fall hielt das höchste Gemeinschaftsgericht an der Identität zwischen dem Unternehmen und seinem rechtlichen Träger fest. Entsprechend verwarf es jede selbständige juristische Bedeutung des Unternehmens.

II

Die wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Römervertrags richten sich an die Unternehmen. Die Auslegung der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags setzt deshalb Klarheit über den in diesen Bestimmungen enthaltenen Unternehmensbegriff voraus. Doktrin und Rechtssprechung erarbeiteten drei wesentliche Kriterien. Einmal werden nur solche Unternehmen erfasst die — in weitem Sinne — *wirtschaftlich tätig* sind. Sodann ist eine gewisse *rechtliche Selbständigkeit* erforderlich. Jedenfalls ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wie man bei der Anwendung von Artikel 85 die allgemeine Regel durchbrechen kann, wonach Vereinbarungen rechtlich selbständige Rechtssubjekte, also natürliche und juristische Personen, voraussetzen. Dieses Kriterium darf freilich nicht eng gehandhabt werden. Die Rechtsform des selbständigen Subjektes ist unerheblich, und es braucht nicht unbedingt sämtliche Merkmale einer juristischen Person aufzuweisen. Als drittes schien die EWG-Kommission bei der Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen des Römervertrages von allem Anfang an zu verlangen, dass ein Unternehmen nicht nur rechtlich selbständig sondern auch *wirtschaftlich unabhängig* sei, d.h. in seinem Marktverhalten über eine mehr oder weniger weitgehende wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit verfüge. Dieses Erfordernis lässt sich insbesondere der Ausführungsverordnung der Kommission vom 24. 12. 1962 über die mit Handelsreisenden abgeschlossenen Alleinvertretungsverträge sowie den 1966 vom Europäischen Gerichtshof gefällten Urteilen betreffend die Alleinvertriebsverträge entnehmen.

ZWEITER TEIL

III

Von 1968 an musste sich die Kommission mit den schwierigen Problemen befassen, die sich bei der Anwendung der Kartellrechtsbestimmungen auf Konzerne ergeben. Ist bei der Unterstellung konzerninterner Verträge unter Art. 85 jede Konzerngesellschaft ein Unternehmen für sich oder ist als Unternehmen vielmehr der Konzern als Ganzes zu betrachten? Nach einigen vorläufigen Stellungnahmen klärte die Kom-

mission in der Fällen *Christiani & Nielsen* und *Kodak* einige Punkte des Problems, mit dem sich das ausländische, namentlich das amerikanische Kartellrecht ("intra-enterprise conspiracy") schon früher befasst hatten. In der Folge bot sich der Kommission in den Fällen *Continental Can* und *Zoja* die Gelegenheit, ihre Auffassung zu bestätigen, wobei dieses Mal Art. 86 auf Konzerne angewendet wurde.

Ohne die Auffassung des Europäischen Gerichtshofs ausdrücklich abzulehnen, wonach jede wirtschaftlich tätige juristische Person ein Unternehmen bildet, argumentiert die Kommission dennoch in entgegengesetzter Weise. Sie kommt in der Tat schrittweise zum Ergebnis, dass bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln der wirtschaftlich verbundene und zentral geleitete Konzern als ein einziges Unternehmen zu betrachten sei. Dementsprechend werden Tochtergesellschaften insoweit nicht als einzelne Unternehmen den Artikeln 85 und 86 des Römervertrages unterstellt, als ihre Tätigkeit durch die verbindlichen Weisungen vonseiten der zentralen Direktion der Muttergesellschaft koordiniert ist. Es fehlt solchen Tochtergesellschaften die wirtschaftliche Selbständigkeit, die ein unerlässliches Merkmal des Unternehmens als Subjekt des Kartellrechts ist. Die Analyse der von der Kommission gefällten Entscheide lässt einen inhaltlich neuartigen, eigenständigen Unternehmensbegriff erkennen. Bei diesem Begriff deckt sich das Unternehmen nicht mehr mit seinem rechtlichen Träger sondern hebt sich von diesem ab und wird zu einem eigenen Rechtsgebilde.

IV

Es ist zu prüfen, in welchem Masse dieser von der Kommission mehrfach vertretene, eigenständige Unternehmensbegriff vom Europäischen Gerichtshof gebilligt wird. Dieser bestimmt in letzter Instanz den Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Begriffe. Zunächst ist zu betonen, dass die Auslegung des Unternehmensbegriffs in den bereits erwähnten Schrottentscheiden nur von beschränkter Tragweite ist. Der Gerichtshof kann je nach Zwecksetzung und Zusammenhang verschiedene Unternehmensbegriffe verwenden.

In mehreren Urteilen der Jahre 1971 - 1973 liess überdies der Gerichtshof deutlich durchblicken, dass er die von der Kommission eingeleitete Entwicklung billige. Er stellte in den Fällen *Béguelin*, *Farbstoffe* und *Continental Can* je auf die wirtschaftliche Verbundenheit des Konzerns ab und unterwarf demgemäss diesen selber den Wettbewerbsregeln.

Falls der Gerichtshof künftig Gelegenheit erhält, diesen Standpunkt zu bestätigen, wird er den neuen Unternehmensbegriff eingehend rechtfertigen müssen. Er wird sich dabei auf die doppelte Eigenständigkeit des Kartell- und des Gemeinschaftsrechts berufen können. Die teleologische Auslegung der Wettbewerbsregeln kann erweisen, dass allein

das Abstellen auf die Wirtschaftseinheit des Unternehmens die zielgerechte Verwirklichung des Römervertrags zu gewährleisten vermag. Bezüglich des Artikels 85 verhindert die Erfassung des Konzerns als ein einzelnes Unternehmen, dass seine Aktivität gelähmt wird. Eine solche Lähmung würde dagegen unweigerlich eintreten, wenn der Artikel 85 infolge einer Gleichsetzung des Unternehmens mit seinem rechtlichen Träger und infolge Ausserachtlassens der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Unternehmen auf alle konzerninternen Absprachen anzuwenden wäre. Der Konzern zeichnet sich ja geradezu durch ein Netz von internen Beziehungen aus. Die entsprechenden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zeitigen freilich wettbewerbshindernde Wirkungen, die nicht in Abrede gestellt werden können, wenn man die daraus resultierenden Konkurrenzbeschränkungen gegenüber Dritten (Aussenkonkurrenz) veranschlagt. Andererseits erfährt der Anwendungsbereich des Art. 86 des Römervertrages zugleich eine Ausdehnung, sobald auf einen eigenständigen, die wirtschaftliche Realität erfassenden Unternehmensbegriff abgestellt wird: Die neue Konzeption erleichtert die Anwendung der Norm auf Konzerne, die ihre Marktmacht missbrauchen. Es ist in der Tat erst der neue Unternehmensbegriff, der die Feststellung ermöglicht, dass ein einzelner Unternehmenskomplex als Ganzes — eben der Konzern — über eine beherrschende Marktstellung verfügt und durch deren Ausnützung den Tatbestand des Missbrauchs erfüllt. So erweist sich eine Auslegung der Artikel 85 und 86 des Römervertrags, die das Unternehmen als solches anerkennt, als wirtschaftlich befriedigend. Vor allem entspricht sie der dem Römervertrag zugrunde liegenden Wettbewerbs- und Konzentrationspolitik der Gemeinschaft.

DRITTER TEIL

V

Gegenwärtig stehen die Kommission und, ihr folgend, der Gerichtshof erst am Beginn jener Entwicklung, welche das Unternehmen von seinem rechtlichen Träger abzulösen erstrebt. Immerhin werden das Unternehmen und sein Träger bereits auseinandergehalten, und die *rechtliche* Selbständigkeit des Unternehmens, d.h. dessen Recht der Persönlichkeit, genügt nicht mehr als *Voraussetzung* dafür, dass ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 des Römervertrags vorliegt. Dazu muss die *wirtschaftliche* Selbständigkeit kommen, mangels deren das Unternehmen kein Subjekt des Kartellrechts sein kann. Stösst man weiter vor in Richtung auf eine rechtliche Anerkennung des Unternehmens, kann man sich sogar fragen, ob nicht überhaupt die tatsächliche Selbständigkeit eines Wirtschaftssubjektes ohne Rechtspersönlichkeit es rechtfertigen müsste, dieses im Wettbewerbsrecht als ein Unternehmen für sich zu behandeln. Kann auf die *wirtschaftliche Unabhängigkeit* als

konstituierendes Merkmal für das Bestehen eines Unternehmens abgestellt werden? Es lässt sich feststellen, dass die Praxis bei der Beantwortung dieser Frage den in den Wettbewerbsregeln enthaltenen Unternehmensbegriff modifiziert und erweitert hat, was zum Auftauchen neuer Normadressaten des europäischen Kartellrechts führte. Diese Entwicklung weicht vom traditionellen Begriff der Rechtspersönlichkeit in doppelter Hinsicht ab.

Einmal werden die Konzerne, welche unter einer gemeinsamen Oberleitung mehrere Rechtssubjekte im herkömmlichen Sinn zusammenfassen, in ihrer Eigenschaft als umgreifende Wirtschaftseinheiten zu Subjekten des Wettbewerbsrechts. Obschon dem Konzern als solchem das Recht der Persönlichkeit abgeht, wird er im Wettbewerbsrecht zu einem selbständigen Normadressaten.

Zum andern wird vom traditionellen Begriff der Rechtspersönlichkeit dadurch abgewichen, dass bestimmte Wirtschaftssubjekte ungeachtet ihrer mangelnden rechtlichen Selbständigkeit im Kartellrecht als Unternehmen für sich angesehen werden, wenn es ihre tatsächliche Unabhängigkeit rechtfertigt. So können Zweigniederlassungen, Departemente oder Abteilungen, die über keine Rechtspersönlichkeit verfügen, auf dem Markt wie unabhängige Wirtschaftssubjekte auftreten. Angesichts der modernen Betriebsführungsmethoden kann solchen Wirtschaftssubjekten ohne weiteres ein grösserer tatsächlicher Handlungsspielraum eingeräumt sein als Tochtergesellschaften, die zwar mit dem Recht der Persönlichkeit ausgestattet, aber in Wirklichkeit völlig abhängig sind. Das Kartellrecht muss diese Sachverhalte erfassen können.

Gegen die zuletzt genannte Anwendung des neuen Unternehmensbegriffs werden freilich schwerwiegende Einwände erhoben. Wie soll die Teilnahme derartiger "Unternehmen" ohne Rechtspersönlichkeit an "Vereinbarungen" konstruiert werden, und in welchem Verfahren kann man ihnen Sanktionen auferlegen? Im Falle von "Vereinbarungen" ist in der Tat eine Mehrheit von Rechtssubjekten begriffsnotwendig, wenn die kartellrechtliche "Vereinbarung" mit dem zivilrechtlichen Begriff des Vertrages zusammenfällt. Indessen visiert der Artikel 85 ebenfalls aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen an; dieser Tatbestand kann unter Umständen durch Wirtschaftssubjekte verwirklicht werden, denen die Rechtspersönlichkeit fehlt. Was die Frage des Sanktionsadressaten anbelangt, so ist durchaus denkbar, dass das Rechtssubjekt, dem als rechtllichem Träger des Unternehmens schliesslich die Sanktion auferlegt wird, und das vielleicht eine Busse zahlen muss, mit dem der Wettbewerbsregel materiell unterstellten Unternehmen nicht übereinstimmt. Es kann sich als nötig erweisen, zwischen "Kausalität" und "Anrechenbarkeit", zwischen dem materiell für die Wettbewerbsbehinderung Verantwortlichen und dem formell mit der entsprechenden Sanktion Belegten zu unterscheiden.

VI

In den verschiedenen Unternehmensbegriffen lassen sich mehrere konstitutive Merkmale unterscheiden. Im europäischen Wettbewerbsrecht erscheint die *Führung* oder *Leitung* als das entscheidende. In der Tat liegt das Wesen des Unternehmens in seiner unabhängigen Leitung, nicht in der rechtlichen Ausgestaltung, begründet. Die sachgerechte Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags auf Konzerne erfordert deshalb vor allem eine Analyse der inneren Machtstruktur des Unternehmens, d.h. die Blosslegung der wirklichen Entscheidungsbefugnisse ("Technostruktur"), während die Abklärung der äusseren aktienrechtlichen Beherrschungsverhältnisse weniger ergiebig ist. Das selbständige Subjekt des Kartellrechts weist als wesentliches Merkmal auf, in einem bestimmten Zeitpunkt und Bereich wirklich unabhängig handeln zu können. Die blosse formalrechtliche Möglichkeit der Muttergesellschaft, ihre Tochtergesellschaften kontrollieren zu können, reicht für sich allein nicht dazu aus, die Mutter- und die Tochtergesellschaften zusammen als ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages zu behandeln. Demgemäss ist nicht jeder Konzern als Ganzes ein Unternehmen. Vielmehr muss die Kontrollmöglichkeit effektiv ausgeübt werden, etwa mittels verbindlicher Weisungen an die Tochtergesellschaften. Die Tochtergesellschaften sind bloss in dem Masse eigenständige Unternehmen, als sie in den wettbewerbsrelevanten Bereichen über einen genügenden Handlungsspielraum verfügen.

Um festzustellen, ob das Ausmass des Autonomiebereichs die Annahme eines eigenständigen Subjekts des Kartellrechts rechtfertigt, müssen der organisatorische Aufbau und die Führungsmethoden des jeweiligen Konzerns analysiert werden. Nun weist freilich das Verhalten der grossen multinationalen Unternehmen widersprüchliche Erscheinungen auf, welche diese Prüfung sehr erschweren. So bemerkt man, dass in den verschiedenen Konzerntypen einerseits eine Tendenz zur zentralen Planung wichtiger Tätigkeitsbereiche besteht, während andererseits den Tochtergesellschaften im Rahmen einer föderativen Dezentralisation eine erhebliche Entscheidungsfreiheit belassen wird.

Für die Erarbeitung des Unternehmensbegriffes müssen darum verschiedene Aspekte berücksichtigt werden. Das Unternehmen kann als Sammelstelle der Gewinne, als buchhalterische Zusammenfassung, als Planungs- und als Entscheidungseinheit erscheinen. Schliesslich ist es jedoch seine Selbständigkeit im geschäftlichen Handeln, welche es zum eigenständigen Subjekt des Kartellrechts macht. Man könnte es deshalb definieren als *Führungseinheit*, die über genügend Handlungsspielraum verfügt um in einem gegebenen Zeitpunkt auf einem bestimmten Markt selbständig zu disponieren.

Ein solcher Unternehmensbegriff ist bruchstückhaft, begrenzt und ohne scharfe Umrisse. Er kann nicht in allen Rechtsgebieten verwendet

werden, sondern er ist auf die besonderen Erfordernisse des europäischen Wettbewerbsrechtes zugeschnitten. Jede "Verallgemeinerung" des für diesen speziellen Rechtsbereich zutreffenden Unternehmensbegriffs stösst auf verschiedene Schwierigkeiten: der beschränkte Zweck des Kartellrechts, welches bloss einen Teil aus der gesamten Tätigkeit der Wirtschaftssubjekte erfasst; der begrenzte Charakter der europäischen Integration, welche viele Gebiete nach wie vor den nationalen Rechtsordnungen unterstellt; schliesslich die allzugrosse Mannigfaltigkeit der unter dem gleichen Begriff zusammenzufassenden Interessen. Vorläufig muss man es deshalb bei einem beschränkt gültigen Unternehmensbegriff bewenden lassen.

Im Anschluss an eine vorsichtige und differenzierte theoretische Würdigung des entstehenden Unternehmensbegriffs zieht die vorliegende Arbeit einige praktische Folgerungen aus der Anerkennung des eigenständigen Unternehmensbegriffs im europäischen Wettbewerbsrecht. Die Verantwortlichen multinationaler Unternehmen werden den in der Arbeit aufgezeigten Tendenzen Rechnung tragen müssen, insbesondere der Akzentuierung der Konzerneinheit und dem Zurücktreten der Bedeutung rechtlicher Selbständigkeit von Tochtergesellschaften. Die genannten Faktoren müssen bei der Wahl von Organisationsstruktur und Operationsweise auf dem gemeinsamen Markt berücksichtigt werden, namentlich bei der Frage, ob Tochtergesellschaften gegründet oder andere Möglichkeiten ausgeschöpft werden sollen wie Zweigniederlassungen, Vertretungen, Agenturen, Direktexport von Produkten usw. Für die bestehenden Konzerne wird es zudem vor allem darum gehen, neben der Beachtung verschiedener anderer (z.B. handels- und steuerrechtlicher) Gegebenheiten diejenige Organisations- und Führungsstruktur zu wählen, welche das Risiko am ehesten ausschliesst, dass ihr Verhalten unter die Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags fällt. Eine wirksame Massnahme gegen die Anwendung von Artikel 85 auf konzerninterne Vereinbarungen und gleichförmige Verhaltensweisen besteht darin, dass der Konzern zentral geführt und den Tochtergesellschaften möglichst wenig Selbständigkeit belassen wird. Mit einer solchen Organisation kann die Konzerneinheit erfolgreich dargetan werden. Indessen muss man sich vergegenwärtigen, dass jede autoritäre und zentralisierte Konzernleitung dazu beiträgt, die Voraussetzungen einer beherrschenden Marktstellung zu schaffen und eine eventuelle Anwendung von Artikel 86 zu erleichtern. Der Weg, der sich den Verantwortlichen der multinationalen Unternehmen zwischen diesen beiden Schranken des europäischen Wettbewerbsrechtes öffnet, ist schmal.

TABLE DES DÉCISIONS ET DES ARRÊTS

(Seuls sont indiqués les décisions de la Commission et les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes. Les chiffres en italique renvoient aux pages de l'ouvrage.)

I. DÉCISIONS INDIVIDUELLES DE LA COMMISSION (CEE)

Décision du 18 juin 1969 relative à une demande d'attestation négative au titre de l'article 2 du règlement N° 17 du Conseil, *Christiani & Nielsen, J.O.C.E.*, N° L 165 du 5 juillet 1969, p. 12.

Pp. 6, 86, 88, 91-97, 99, 111, 112, 114, 125, 152, 160, 222.

Décision du 24 juillet 1969 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE, *Matières colorantes, J.O.C.E.*, N° L 195 du 7 août 1969, p. 11.

Pp. 6, 100-102, 112, 161.

Décision du 30 juin 1970 relative à une demande d'attestation négative, présentée conformément aux dispositions de l'article 2 du règlement N° 17 du Conseil, *Kodak, J.O.C.E.*, N° L 147 du 7 juillet 1970, p. 24.

Pp. 6, 89, 92, 97-100, 172, 222, 234.

Décision du 2 juin 1971 relative à une procédure au titre de l'article 86 du traité CEE, *GEMA, J.O.C.E.*, N° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

Pp. 55, 65.

Décision du 9 décembre 1971 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, *Continental Can Company, J.O.C.E.*, N° L 7 du 8 janvier 1972, p. 25.

Pp. 6, 45, 102-108, 113, 116, 133-144, 152, 153, 161-164, 172, 184, 234-235, 255.

Décision du 23 novembre 1972 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, *Pittsburgh Corning Europe, J.O.C.E.*, N° L 272 du 5 décembre 1972, p. 35.

Pp. 98, 199.

Décision du 14 décembre 1972 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, *ZOJA, J.O.C.E.*, N° L 299 du 31 décembre 1972, p. 51.

Pp. 108-109, 113, 152, 222, 223.

II. ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Arrêt du 17 juillet 1959 dans l'affaire 20/58, *Phoenix-Rheinrohr A.G., Vereinigte Hütten-und-Röhrenwerke c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1958-59, 163.
Pp. 22, 31, 121, 122.

Arrêt du 17 juillet 1959 dans les affaires jointes 32 et 33/58, *Société nouvelle des usines de Pontlieue-Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1958-59, 275.
Pp. 32, 33.

Arrêt du 17 juillet 1959 dans l'affaire 42/58, *Société des aciers fins de l'Est (S.A.F.E.) c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1958-59, 381.
P. 32.

Arrêt du 22 mars 1961 dans les affaires jointes 42 et 49/59, *Société nouvelle des usines Pontlieue-Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité, soutenue par Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. et Breda Siderurgica S.p.a.*, *Rec.*, 1961, 101.
Pp. 33, 68.

Arrêt du 18 mai 1962 dans l'affaire 13/60, *Comptoirs charbonniers de la Ruhr. Geitling et alii*, *Rec.*, 1962, 165.
P. 29.

Arrêt du 13 juillet 1962 dans les affaires jointes 17 et 20/61, *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1962, 615.
Pp. 5, 22, 25, 34-40, 120, 130, 135, 212.

Arrêt du 13 juillet 1962 dans l'affaire 19/61, *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité, soutenue par Phoenix-Rheinrohr*, *Rec.*, 1962, 675.
Pp. 34, 36.

Arrêt du 4 juillet 1963 dans l'affaire 12/63, *Schlieker c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1963, 173.
P. 24.

Arrêt du 16 décembre 1963 dans l'affaire 36/62, *Société des Aciéries du Temple c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1963, 583.
P. 121.

Arrêt du 21 janvier 1965 dans l'affaire 108/63, *Officine elettromeccaniche Ing. A. Merlini c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1965, 1.
P. 26.

Arrêt du 16 juin 1966 dans l'affaire 50/65 *Acciaierie eferriere di Solbiate S.B.A. c/ Haute Autorité*, *Rec.*, 1966, 209.
Pp. 121, 122.

- Arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Rec., 1966, 337.
Pp. 42, 93.
- Arrêt du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56 et 58/64, *Grundig-Consten c/ Commission*, Rec., 1966, 429.
Pp. 58, 71-78, 151.
- Arrêt du 13 juillet 1966 dans l'affaire 32/65, *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission*, Rec., 1966, 563.
Pp. 42, 58, 72, 73, 76-77, 122, 139.
- Arrêt du 8 juin 1971 dans l'affaire 78/70, *Société Deutsch-Grammophon Ges. c/ Société METRO - SBe Grossmärkte*, Rec., 1971, 487.
P. 55.
- Arrêt du 25 novembre 1971 dans l'affaire 22/71, *Béguelin Import Co. c/ S.A.G.L. Import Export*, Rec., 1971, 949.
Pp. 7, 123-125, 128.
- Arrêt du 14 juillet 1972 dans l'affaire 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, Rec., 1972, 619.
Pp. 126, 151.
- Arrêt du 14 juillet 1972 dans l'affaire 52/69, *J.R. Geigy A.G. c/ Commission*, Rec., 1972, 787.
Pp. 7, 51, 122, 126, 127-131.
- Arrêt du 14 juillet 1972 dans l'affaire 52/69, *J.R. Geigy A.G. c/ Commission*, 1972, 845.
P. 126.
- Arrêt du 21 février 1973 dans l'affaire 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, Rec., 1973, 215.
Pp. 7, 126, 130-131, 152, 234, 235.
- Arrêt du 6 mars 1974 dans les affaires jointes 6 et 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission* (pas encore publié).
Pp. 108, 131.

BIBLIOGRAPHIE

Remarque : Nombre de références apparaissant dans le cours de la présente étude ne sont pas reprises dans la liste ci-dessous qui constitue une bibliographie sélective. Par contre celle-ci contient le titre de plusieurs travaux qui n'ont pas été cités dans le texte. Il s'agit notamment d'ouvrages et d'articles qui peuvent être conseillés au lecteur désireux d'approfondir tel aspect que l'on ne pouvait pas développer dans le cadre du présent ouvrage.

I. OUVRAGES

- BERLE, A.A. and MEANS, G.C. : *The Modern Corporation and Private Property*. New York, Harcourt, Brace & World, 2^e éd., 1968 ; 380 p.
- BERLE, A.A. : *The XXth Century Capitalist Revolution*. New York, Harcourt, Brace & Co., 1954 ; 192 p.
- BERRI, L.V. : *L'impresa nel sistema dei trattati della CECA e del MEC*. Thèse, Roma, 1962-1963 ; 182 p.
- BESSON, J.F. : *Les groupes industriels et l'Europe. L'expérience de la CECA*. Paris, P.U.F., 1962 ; 637 p. (spéc. pp. 39-60 et 248-253).
- BIENAYMÉ, A. : *Entreprise et pouvoir économique*. Paris, Dunod, 1969 ; 180 p.
- BLAISE, J.B. : *Le statut juridique des ententes économiques en France et dans les Etats de la Communauté économique européenne*. Paris, Librairies Techniques, 1964 ; 439 p. (spéc. pp. 47-60 et 153-169).
- BLOCH-LAINÉ, F. : *Pour une réforme de l'entreprise*. Paris, Seuil, 1963 ; 158 p. (spéc. pp. 13-28).
- BRAUN, A., GLEISS, A., HIRSCH, M. : *Droit des ententes de la Communauté économique européenne*. Bruxelles, Larcier, 1967 ; 446 p.
- BREDIN, J.D. : *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Paris, L.G.D.J., 1957 ; 303 p.
- BREWSTER, K. Jr. : *Antitrust and American Business Abroad*. New York, McGraw-Hill Book Company, 1958 ; 509 p. (spéc. pp. 180-225).
- CATALANO, N. : *Manuel de droit des Communautés Européennes*. Paris, Dalloz/Sirey, 2^e éd., 1965 ; 663 p. (spéc. pp. 177-178, 211-227 et 413-423).
- CHAMPAUD, C. et PAILLUSSEAU, J. : *L'entreprise et le droit commercial*. Paris, Colin, 1970 ; 128 p.
- CHAMPAUD, C. : *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris, Sirey, 1962 ; 349 p. (spéc. pp. 163-301).

- COULOMBEL, P. : *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*. Thèse, Nancy, 1949 ; 408 p.
- COUSIN, G. : *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société-mère et ses filiales*. Thèse, Nancy, 1950 ; 144 p. (spéc. pp. 20-42).
- DESPAX, M. : *L'entreprise et le droit*. Thèse, Toulouse, 1956 ; 443 p.
- DUBOIS, J.P. : *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la CEE*. Paris, Librairies Techniques, 1968 ; 324 p. (spéc. pp. 71-78 et 172-178).
- EDWARDS, C.D. : *Big Business and the Policy of Competition*. Cleveland, The Press of Western Reserve University, 1956 ; 180 p.
- FIKENTSCHER, W. : *Die Interessengemeinschaft. Eine gesellschafts und kartellrechtliche Untersuchung*. Köln, Heymanns, 1966 ; 60 p. (FIW-Schriftenreihe, Köln, Heft 30) (spéc. pp. 52-53).
- GALBRAITH, J.K. : *The New Industrial State*. London, Hamish Hamilton, 1967 ; 427 p.
- GANDENBERGER, O. : *Was ist ein Unternehmen. Volkswirtschaftliche Überlegungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Heidelberg, Quelle & Meyer, 1963 ; 162 p. (Veröffentlichungen des Forschungsinstitutes für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 16) (spéc. pp. 117-123).
- GEGOUT, M. : *Filiales et groupements de sociétés*. Thèse, Paris, 1929 ; 374 p.
- GOLDMAN, B. : *Cours de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés Européennes*. Paris, Les Cours de droit, 1966 ; 440 p. (spéc. pp. 348-359).
- *Droit commercial européen*. Paris, Dalloz, 2^e éd., 1971 ; 712 p. (spéc. pp. 233-441).
- HARMS, W. : *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung*. Köln, Heymanns, 1968 ; 328 p. (FIW-Schriftenreihe, Köln, Heft 45).
- HETMAN, F. : *Les secrets des géants américains*. Paris, Seuil, 1969 ; 206 p.
- HOMBURGER, E., JENNY, H. : *Internationalrechtliche Aspekte des EWG-Wettbewerbsrechts*. Bern, Stämpfli & Cie., 1966 ; 140 p. (spéc. pp. 21-27 et 89-92).
- HOUSSIAUX, J. : *Concurrence et Marché Commun*. Paris, Génin, 1960 ; 174 p.
- *Le pouvoir de monopole. Essai sur les structures du capitalisme contemporain*. Paris, Sirey, 1958 ; 416 p. (spéc. pp. 313-322).
- JACQUEMIN, A. : *L'entreprise et son pouvoir de marché*. Paris, P.U.F., 1967 ; 240 p.
- JACQUEMIN, A., SCHRANS, G. : *Le Droit économique*. Paris, P.U.F., 1970 ; 128 p.
- KAPLAN, A.D.H. : *Big Enterprise in a Competitive System*. Washington D.C., The Brookings Institution, 1954 ; 269 p. (spéc. pp. 174-183 et 218-225).
- KERN, P.R. : *Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion*. Berlin/Frankfurt a.M., Vahlen, 1955 ; 184 p. (spéc. pp. 49-101).
- KOVAR, R. : *Le pouvoir réglementaire de la CECA*. Paris, L.G.D.J., 1964 ; 384 p. (spéc. pp. 268-273).
- KRÄHE, W. von, DÖHRMANN, W. : *Konzernorganisation*. Köln/Opladen, Westdeutscher Verlag, 2^e éd., 1964 ; 139 p. (Veröffentlichungen der Schmalenbach-Gesellschaft, Band 20).

- KRONSTEIN, H. : *Die abhängige juristische Person*. München, Schweitzer Verlag, 1931 ; 143 p.
- *Das Recht der Internationalen Kartelle*. Berlin, Schweitzer Verlag, 1967 ; 518 p. (spéc. pp. 460-499).
- LOUSSOUARN, Y., BREDIN, J.D. : *Droit du commerce international*. Paris, Sirey, 1969 ; 1036 p. (spéc. pp. 232-241).
- MASON, E.S. : *Economic Concentration and the Monopoly Problem*. Cambridge, Harvard University Press, 1957 ; 411 pp. (spéc. pp. 1-54 et 327-401).
- MEGRET, J. et alii : *Le droit de la Communauté économique européenne*. Vol. 4 : *Concurrence*, par Michel Waelbroeck. Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1972 ; 423 p.
- MESTMÄCKER, E.J. : *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*. Karlsruhe, Müller, 1958 ; 399 p. (spéc. pp. 287-316).
- NORDMEYER, A. : *Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht*. Köln, 1970 (Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität Köln, Band 12).
- NYMPHIUS, N. : *Der Begriff der marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 86 EWG-Vertrag*. Thèse, Freiburg/Schweiz, 1963 ; 232 p.
- PAILLUSSEAU, J. : *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'Entreprise*. Paris, Sirey, 1967 ; 294 p. (Collection Bibliothèque de Droit commercial, n° 18).
- PETITPIERRE-SAUVAIN, A. : *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genève, Georg, 1972 ; 261 p. (Etudes suisses de droit européen, vol. 7) (spéc. pp. 1-45).
- PLAISANT, R., FRANCESCHELLI, R., LASSIER, J. : *Droit européen de la concurrence : articles 85 à 89 du Traité CEE*. Paris, Delmas & Cie, 1966 ; 452 p.
- PRIEUR, R. : *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. Activité et évolution*. Paris, Montchrestien, 1962 ; 496 p. (spéc. pp. 247-260).
- RAISERT, T. : *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*. Berlin, de Gruyter & Co., 1969 ; 188 p.
- REHBINDER, E. : *Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht*. Bad Homburg, 1969 ; 579 p. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 8).
- REUTER, P. : *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. Paris, L.G.D.J., 1953 ; 320 p.
- RICHEMONT, J. de : *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*. Paris, J.N., 1971 ; 837 p. (spéc. pp. 228-262).
- RIPERT, G. : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, L.G.D.J., 1951 ; 354 p. (spéc. pp. 268-280).
- RODIÈRE, R. : *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*. Bruxelles, CEE, 1967 ; 99 p. (Etudes, Série Concurrence, n° 5).
- ROLFE, S.E. : *Les sociétés internationales*. Rapport au 22^e Congrès de la Chambre de Commerce Internationale. Paris, CCI, 1969 ; 226 p.
- SCHAPIRA, M. : *Das Unternehmen und seine Kennzeichen*. Thèse, Zürich, 1935 ; 152 p.
- SCHOLZ, H. : *Die Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung*. Thèse, Köln, 1960.

- SERICK, R. : *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*. Berlin/Tübingen, de Gruyter/Mohr, 1955 ; 244 p.
- SOLARI, L. : *L'impresa pubblica nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*. Milano, Giuffrè, 1965 ; 138 p. (spéc. pp. 17-36).
- TEMPLE LANG, J. : *The Common Market and Common Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1966 ; 573 p. (spéc. pp. 383-391).
- ULMER, P. : *Der Unternehmensbegriff im Vertrag der E.G.K.S.* Heidelberg, Carl Winter, Universitätsverlag, 1960 ; 144 p.
- VANDEPUTTE, R. : *Le statut de l'entreprise*. Bruxelles, Bruylant, 1965 ; 136 p.
- VAN GERVEN, W. : *Principes du droit des ententes*. Bruxelles, Bruylant, 1966 ; 369 p.
- VANHAECHE, M. : *Les groupes de sociétés*. Paris, L.G.D.J., 1962 ; 520 p.
- WOOT, P. de : *Pour une doctrine de l'entreprise*. Paris, Seuil, 1968 ; 284 p.

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS DIVERSES

- ABRAHAM, J.P. : « Les entreprises comme sujets de droit dans la Communauté Charbon-Acier », *Les Cahiers de Bruges*, vol. 4, 1954 ; pp. 255-263.
- ALEXANDER, W. : « Le cloisonnement des marchés des Etats membres de la CEE au moyen de marques appartenant à différentes sociétés faisant partie du même groupe (Konzern) : un cas de 'intra-enterprise conspiracy' ? », in *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1973 ; pp. 9-27.
- AXMAN, P. : « Kartellrechtliche Prüfung des Vertragssystems abhängiger Gesellschaften unter besonderer Berücksichtigung von Organverhältnissen », *W.u.W.*, vol. 14, 1964 ; pp. 1025-1042.
- BARBER, P.J. : « Les entreprises internationales », *Analyse et Prévisions*, vol. V, 1966 ; pp. 633-639.
- BEER, G. : « The concept of Enterprise under the European Communities : Legal effects of partial integration », *Law and Contemp. Prob.*, vol. 26, 1961 ; pp. 454-463.
- BERLE, A.A. : « The Theory of enterprise entity », *Colum. L. Rev.*, vol. 47, 1947 ; pp. 343-358.
- BERNHARD, R.C. : « Competition in Law and in Economics », *Antitrust Bull.*, vol. 12, 1967 ; pp. 1099-1163.
- BIEBERSTEIN, J. : « The German Cartel Law and its Administration : Role of the Federal Cartel Office in regard to the EEC Antitrust Provisions », *Int'l and Comp. L. Q.*, vol. 12, 1963 ; pp. 850-885.
- BIENAYMÉ, A. : « L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision 'Continental Can Company' », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 8, 1972 ; pp. 65-75.
- BOGUSZAK, J. : « Le statut juridique des entreprises d'Etat dans les pays socialistes », in *Les institutions juridiques du gouvernement de l'économie dans les pays occidentaux et socialistes*. Colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes. Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968 ; pp. 169-187.

- BOWER, J.L. : « Planning within the firm », *Am. Econ. Rev.*, vol. LX, 1970 ; pp. 186-194.
- BRAC DE LA PERRIÈRE, G. : « Sur les méthodes de planification dans les grandes entreprises américaines », *Analyse et Prévisions*, vol. IX, 1970, pp. 35-38.
- BRAUKSIEPE, J. : « Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts », *B.B.*, 1966 ; pp. 869-872.
- BRENNAN, J.J. : « The Sherman Act and Multi-Corporate Single-Traders ; Competition Among Affiliates », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 100, 1952 ; pp. 1006-1025.
- CABRILLAC, M. : Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé », in *Dix Ans de Conférences d'Agrégation. Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris, Dalloz, 1961 ; pp. 119-132.
- CANELLOS, P.C., SILBER, H.S. : « Concentration in the Common Market », *C.M. L. Rev.*, 7, 1970 ; pp. 5-35 et 138-166.
- CAPET, M. : « La firme, en tant qu'objet d'analyse », in *Travaux du Congrès des économistes de langue française*, Paris, Cujas, 1963 ; pp. 85-155.
- CEREXHE, E. : « L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission », *Cah. dr. eur.*, vol. 8, 1972 ; pp. 272-298.
- CHAMPAUD, C. : « L'apport du droit communautaire au droit économique », *Cah. dr. eur.*, vol. 6, 1970 ; pp. 556-567.
- « Contribution à la définition du droit économique », *D. ch.*, n° 34, 1967 ; pp. 215-220.
- CHEVALIER, J.M. : « The Problem of Control in Large American Corporations », *Antitrust Bull.*, vol. 14, 1969 ; pp. 163-180.
- CLEE, G.H., SACTJEN, W.M. : « Organizing a Worldwide Business », *Harv. Bus. Rev.*, vol. 42, 1964 ; pp. 55-67.
- COHN, E.J., SIMITIS, C. : « 'Lifting the Veil' in the Company Laws of the European Continent », *Int'l and Comp. L. Q.*, vol. 12, 1963 ; pp. 189-225.
- CURE, P. : « La notion d'entreprise dans le traité du Marché commun », *Dr. eur.*, 1960 ; pp. 341-349.
- CYERT, R.M., MARCH, J.G. : « L'élaboration des décisions dans les entreprises américaines », *Analyse et Prévisions*, vol. V, 1966 ; pp. 865-874.
- DEMOGUE, R. : « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909 ; pp. 611-655.
- DERINGER, A. : « Les règles de la concurrence au sein de la CEE », *Rev. M. C.*, 1962 ; pp. 486-493.
- DEVAUX, L. : « L'organisation interne de la grande entreprise », in *L'Entreprise et l'Economie du XX^e siècle*, éd. par François Perroux, Paris, P.U.F., 1966, tome II ; pp. 393-416.
- DEVINE, K. : « Foreign Establishment and the Antitrust Law : A Study of the Antitrust Consequences of the Principle Forms of Investment by American Corporations in Foreign Markets », *Northwestern University Law Review*, vol. 57, 1962 ; pp. 400-454.
- DIDIER, P. : « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges offerts à M. Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1966 ; pp. 209-214.

- DRACHSLER, L.M. : « American Parent and Alien Subsidiary : International Anti-Trust Problems of the Multinational Corporation », *Bulletin of the Section of International and Comparative Law of the American Bar Association*, 1964 ; pp. 29-51.
- DUBOIS, J.P. : « L'application des règles de concurrence en ce qui concerne la concentration économique aux Etats-Unis », *Rev. trim. dr. com.*, vol. 23, 1970 ; pp. 45-90.
- EDWARDS, C. : « Control of the Single Firm : Its Place in Antitrust Policy », *Law and Contemp. Prob.*, vol. 30, 1965 ; pp. 465-487.
- EISENBERG, M.A. : « The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking », *Calif. L. Rev.*, vol. 57, 1969 ; pp. 1-181.
- ELLIS, J.J.A. : « Joint ventures, intra-enterprise arrangements and horizontal arrangements between independent companies », *Proceedings, Conference on Antitrust and the European Communities* (Brussels/Luxembourg), New York, American Bar Association, 1963 ; pp. 95-113.
- « Source Material for Article 85 par. 1 of the EEC Treaty », *Fordham Law Review*, vol. XXXII, 1963 ; pp. 247-278.
- FERNANDEZ-NOVOA, C. : « Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas juridicos », *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 39, 1965 ; pp. 7-40.
- FIKENTSCHER, W. : « Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen », in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe, Müller, 1965 ; pp. 261-278.
- FOCSANEANU, L. : « L'article 86 du Traité de Rome et la décision 'Continental Can Company' de la Commission de la CEE », *J.C.P.*, I, 1972, n° 2452.
- « La concurrence à l'intérieur des groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Christiani & Nielsen », *Rev. M.C.*, 1970 ; pp. 32-38.
- « Concurrence et groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Kodak », *Rev. M.C.*, 1970 ; pp. 512-519.
- FORCIONE, E.A. : « Intra-enterprise conspiracy under the Antitrust Regulations of the Common Market », *Bus. Law.*, vol. 25, 1970 ; pp. 1419-1440.
- FOURAKER, L.E., STOPFORD, J.M. : « Organizational Structure and the Multinational Strategy », *Administrative Science Quarterly*, vol. 13, 1968 ; pp. 47-64.
- FRANCESCHELLI, R. : « L'entreprise communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 4, 1968 ; pp. 538-547.
- FRANCK, P.A. : « Les entreprises visées aux articles 90 et 86 du Traité CEE », in *L'entreprise publique et la concurrence. Semaine de Bruges*, 1968, Bruges, De Tempel, 1969 ; pp. 21-68.
- FRIEDMANN, W.G. : « Corporate Power, Government by private Groups and the Law », *Colum. L. Rev.*, vol. 57, 1957 ; pp. 155-186.
- GIERKE, J. von : « Das Handelsunternehmen », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht*, vol. III, 1946 ; pp. 1-17.
- GIESEKE, P. : « Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen », in *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, éd. E. Wolff, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1950 ; pp. 606-621.
- GORI, P. : « I 'Konzerne' e il sistema di perequazione del rottame », *Il Foro Padano*, 1963, I ; pp. 7-10.

- GÖTZ, H., RIEGER, H. : « Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht », *Juristische Schulung*, 1968 ; pp. 393-399.
- GOURRIER, J. : « La notion d'entreprise commune. Les précédents. Réalisation dans le domaine non nucléaire », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 2, 1966 ; pp. 383-393.
- GRASSETTI, C. : « Les entreprises en tant que destinataires des règles du droit de la Communauté », *Rapport au Congrès International d'Etudes sur la CECA. Actes officiels*, Centro Italiano di Studi Giuridici, vol. 4, chap. I, Milano, Giuffrè, 1958 ; pp. 11-18.
- GUYENOT, J. : « La décision 'Continental Can' de la Commission CEE et la naissance du droit antitrust européen », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 91, 1972 ; pp. 155-175.
- HABEKORN, K. : « Behandlung von Konzernunternehmen nach Art. 65 des Montanunion-Vertrages », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960 ; pp. 86-87.
- « Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerb », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1962 ; pp. 449-452.
- HAMEL, J. : « Droit de l'entreprise et droit social ». Introduction au Colloque international sur le droit privé et le droit social. *Bulletin de la Société de législation comparée*, vol. 77, 1954 ; pp. 554-575 (actuellement *Revue Internationale de Droit comparé*).
- « La personnalité morale et ses limites », *D. ch.*, 1949 ; pp. 141-144.
- HARDACH, F.W. : « Die einheitliche Leitung von Konzernen (Aufgaben, Formen und Wege der Konzernleitung) », *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung*, 1961 ; pp. 713-773 (actuellement *Schmalenbachs Zeitschrift für Betriebswirtschaftliche Forschung*).
- HARMS, W. : « 'Intra enterprise conspiracy' ? Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung der Art. 85 EWGV und 65 EGKS », *Europarecht*, 1966 ; pp. 230-272.
- HOUIN, R. : « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, tome II, Gent, Story-Scientia, 1966 ; pp. 609-618.
- HOUSSIAUX, J. : « La grande entreprise plurinationale », in *L'Entreprise et l'Economie du XX^e siècle*, éd. par François Perroux, Paris, P.U.F., tome I ; pp. 291-328.
- HUBER, U. : « Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter eine reinheitlichen Leitung im Sinne des § 18 AktG », *Z.H.R.*, vol. 131, 1968 ; pp. 193-254.
- HUBER, U. : « Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht nach der Kommissionsentscheidung im Fall Christiani & Nielsen », *B.B. A.W.D.*, vol. 15, 1969 ; pp. 429-433.
- HUBMANN, H. : « Das Recht am Unternehmen », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, vol. 117, 1955 ; pp. 41-81.
- HYMER, S. : « The efficiency (contradictions) of multinational corporations », *Am. Econ. Rev.*, vol. LX, 1970 ; pp. 441-448.
- « La grande 'corporation' multinationale », *Revue économique*, vol. 19, 1968 ; pp. 949-972.

- JOLIET, R. : « Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE », *Ann. Fac. Droit de Liège*, vol. 10, 1965 ; pp. 23-92.
- KEMPF, D.G. : « Bathtub Conspiracies : Has Seagram Distilled a More Potent Brew ? », *Bus. Law.*, vol. 24, 1968 ; pp. 173-181.
- KNAP, K. : « L'entreprise socialiste et son régime au regard de la concurrence », in *L'entreprise publique et la concurrence*. Semaine de Bruges 1968, Bruges, De Tempel, 1969 ; pp. 245-265.
- KOPPENSTEINER, H.G. : « Unternehmensgemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht », *Z.H.R.*, vol. 131, 1968 ; pp. 289-329.
- KRAUSE, H.D. : « The Multi-Corporate International Business Under Section 1 of the Sherman Act — Intra Enterprise Conspiracy Revisited », *Bus. Law.*, vol. 17, 1962 ; pp. 912-938.
- KRONSTEIN, H. : « The nationality of international enterprises », *Colum. L. Rev.*, vol. 52, 1952 ; pp. 983-1002.
- « Probleme des modernen amerikanischen 'Corporation' — Rechts », *RabelsZ.*, vol. 21, 1956 ; pp. 456-511.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. : « L'entreprise et ses formes juridiques », *Rev. trim. dr. com.*, vol. 21, 1968 ; pp. 907-975.
- LANGROD, G. : « L'entreprise publique en droit administratif comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1956 ; pp. 213-231.
- LEO, H.C. : « Konzerninterne Marktregelungen im Lichte des EWG-Kartellrechts », in *Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts*, Kartellrundschaу, Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrechts des In- und Auslandes, Heft 8, Köln, Heymanns, 1966 ; pp. 11-41.
- LOYRETTE, J. : « Dominant Size and Merger under Article 86 of the Rome Treaty », *Bus. Law.*, vol. 27, 1972 ; pp. 531-541.
- MANN, F.A. : « The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities », *Int'l and Comp. L. Q.*, vol. 22, 1973 ; pp. 35-50.
- MCCOY, H.D. : « The United States Parent Corporation — European Subsidiary Relationship under the European Antitrust Regulations », *Virginia Journal of International Law*, vol. 3, 1963 ; pp. 46-67.
- MCDONALD, J.G. : « L'entreprise mondiale. Organisation d'un type nouveau », *Management International*, n° 516, 1961 ; pp. 26-32.
- MERMELSTEIN, D. : « Large Industrial Corporations and Asset Shares », *Am. Econ. Rev.*, vol. LIX, 1969 ; pp. 531-541.
- NELL-BREUNING, O. von : « Unternehmensverfassung », in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*. Festgabe für H. Kronstein zum 70. Geburtstag. Karlsruhe, Müller, 1967 ; pp. 47-77.
- NICOLE, R. : « Les répercussions de l'art. 85 du Traité de Rome et de ses règlements d'application sur les contrats de licences entre sociétés alliées », *Revue économique et sociale*, vol. 22, 1964 ; pp. 23-40.
- PARDÈS, M. : « Le statut juridique de l'entreprise en droit comparé », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 43, 1966 ; pp. 145-168.
- PATRY, R. : « L'évolution de la notion juridique de l'entreprise commerciale », in *Etudes en hommage à Stratis G. Andréadis*. Tome I, Athènes, Haute Ecole des Sciences économiques et commerciales, 1972 ; pp. 159-189.
- PELLICER VALERO, J.A. : « Noción jurisprudencial de empresa en la CECA », *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 38, 1964 ; pp. 369-418.

- PERLMUTTER, H. : « Nations, syndicats et firmes multinationales », *Analyse et Prévisions*, vol. IX, 1970 ; pp. 221-236.
- PERROUX, F. : « La notion de groupe industriel », *Revue d'économie politique*, 1931 ; pp. 1377-1402.
- PIRAS, A. : « Les méthodes de groupements des sociétés », *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. XLI, 1967 ; pp. 44-56.
- PRIEUR, R. : « La notion de concentration d'entreprises au sens de l'art. 66 du Traité instituant la C.E.C.A. », *Clunet*, vol. 82, 1955 ; pp. 806-843.
- RAHL, J.A. : « Conspiracy and the Antitrust Laws », *Illinois Law Review*, vol. 44, 1950 ; pp. 743-768.
- RAISER, L. : « Le forme d'impresa dal punto di vista del diritto economico », *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. V, 1952 ; pp. 260-268.
- RASCH, H. : « Die Interessengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht », *W.u.W.*, vol. 12, 1962 ; pp. 234-240.
- REUTER, P. : « A propos des ententes industrielles et commerciales », *Dr. soc.*, 1952 ; pp. 442-450.
- RICHEMONT, J. de : « La notion d'entreprise dans le droit des communautés européennes », *Le droit européen*, vol. 6, 1963 ; pp. 306-322.
- RIJKENS, P. : « Les rapports entre une société-mère et ses filiales », *Management International*, 1961 ; pp. 34-35.
- ROBERTS, K.I. : « The Concept of the Dominant Firm », *Cartel*, vol. XIII, 1963 ; pp. 142-159.
- ROSSET, P.R. : « La grande entreprise moderne en fait et en droit », in *L'Entreprise. Mémoires de l'Université de Neuchâtel*, tome 28, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1960 ; pp. 169-178.
- « A propos de la formation de la volonté de la société anonyme », in *Mélanges Sauser-Hall*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1952 ; pp. 179-184.
- « A propos des sociétés de contrôle : Unité économique ou diversité juridique », *W.u.R.*, vol. 5, 1953 ; pp. 1-7.
- SAINT-ESTEBEN, R. : « Une concentration d'entreprise dans la CEE », *Clunet*, vol. 99, 1972, pp. 249-266.
- SANDROCK, O. : « Probleme der Gemeinschaftsunternehmen nach Europäischem Kartellrecht », *B.B.A.W.D.*, vol. 16, 1970 ; pp. 337-344.
- SCALABRINO, M. : « Gruppi di imprese nel diritto della concorrenza del trattato della Comunità economica europea », *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 4, 1968 ; pp. 360-384.
- « La nozione di impresa nei trattati istitutivi delle Comunità Europee », *Diritto Internazionale*, vol. XXI, 1967 ; pp. 176-202.
- SCHAPIRA, J. : « Concepts économiques et droit européen », *Clunet*, vol. 99, 1972 ; pp. 5-16.
- SCHLUEP, W.R. : « Probleme des kartellprivatlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern », in *Wettbewerbspolitik in der Schweiz. Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach*, Bern, Haupt, 1972 ; pp. 103-131.

- SOLO, R.A. : « Intra-Enterprise Conspiracy and the Theory of the Firm », *Journal of Business* (Graduate School of Business, Chicago University), 1961 ; pp. 153-166.
- SPORMANN, K. : « Die Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik », *B.B.A.W.D.*, vol. 16, 1970 ; pp. 156-163.
- STANTON, T.M., CROY, L. de : « Much Ado About Restrictive Business Practices in Europe », *Bus. Law.*, vol. XXI, 1966 ; pp. 891-916.
- TESSIN, C. : « Rechtssprechung. Entscheidung Christiani & Nielsen vom 18. Juli 1969 », *Die Aktiengesellschaft*, 1969 ; pp. 294-295.
- THÉVENAZ, H. : « L'entreprise en droit international », in *L'Entreprise*, Mémoires de l'Université de Neuchâtel, tome 28, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1960 ; pp. 223-238.
- THOMPSON, D. : « Subsidiary Companies and the Right of Establishment in the Common Market », *J. Bus. L.*, 1963 ; pp. 119-130.
- TIMBERG, S. : « Corporate Fictions. Logical, Social and International Implications », *Colum. L. Rev.*, vol. 46, 1946 ; pp. 533-580.
- TORLEY DUWEL, I. : « Signification du mot 'entreprise' dans le sens de l'art. 85 du Traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 2, 1966 ; pp. 400-408bis.
- TREECK, J. : « Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht », *B.B.A.W.D.*, vol. 15, 1969 ; pp. 367-368.
- ULMER, P. : « 'Wettbewerbsbeschränkende Absprachen' im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen », *W.u.W.*, vol. 10, 1960 ; pp. 163-173.
- VAGTS, D.F. : « The Multinational Enterprise : A New Challenge for Transnational Law », *Harv. L. Rev.*, vol. 83, 1970 ; pp. 739-792.
- VANNI, G. : « La nozione di impresa nel Trattato della CECA », *Riv. dir. eur.*, vol. IV, 1964 ; pp. 3-29.
- VAN OMMESLAGHE, P. : « Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission », *Cah. dr. eur.*, vol. 9, 1973 ; pp. 383-460.
- « Les groupes de sociétés », *Rev. prat.*, 1965 ; pp. 153-252.
- « L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 3, 1967 ; pp. 457-506.
- VAN WASSENAER VAN CATWIJK, A.J.D. : « Drie aspecten van het begrip onderneming in de Europese verdragen », *De Naamlooze Vennootschap*, 1962 ; pp. 169-175.
- VISCHER, Ch. de : « La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1936 ; pp. 475-487.
- WILLEMETZ, L. : « L'application de l'art. 86 du traité de la CEE », *Cah. dr. eur.*, vol. 2, 1966 ; pp. 583-601.
- WILLIS, I.E., PITOFKY, R. : « Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries », *N.Y. U.L. Rev.*, vol. 43, 1968 ; pp. 20-52.
- WURDINGER, H. : « Verbundene Unternehmen und GWB », *W.u.W.*, vol. 17, 1967 ; pp. 83-90.
- ZEIJLMAKER, J. : « Onderneming », *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie*, vol. 98, 1967 ; pp. 25-29, 37-41.

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN MAI 1974

